المسلمين وما جعل لهم من الشرط بطريق النفقة لهم فانهم مماليك للمسلمين يعملون لهم في نخيلهم فيستوجبون النفقة عليهم بجعل نفقتهم فيما يحصل بعملهم وجعل عليهم نصف ما يحصل بعملهم ليكون ذلك ضريبة عليهم بمنزلة المولى يشارط عبده الضريبة اذا كان مكتسبا وقد نقل بعض هذا عن الحسين بن على رضى الله عنهما والثانى انه منّ عليهم برقابهم وأراضيهم ونخيلهم وجعل شطر الخارج عليهم بمنزلة خراج المقاسمة وللامام رأي في الارض الممنون بها على أهلها ان شاء جعل عليها خراج الوظيفة وان شاء جعل عليها خراج المقاسمة وهذا أصح التأويلين فانه لم ينقل عن أحد من الولاة انه تصرف فى رقابهم أو رقاب أولادهم كالتصرف فى المماليك وكذلك عمر رضي الله عنه أجلاهم ولو كانوا عبيدا للمسلمين لما أجلاهم فالمسلم اذا كان له مملوك فى أرض العرب يتمكن من امساكه واستدامة الملك فيه فعرفنا ان الثانى أصح ثم بين لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ان مافعله من المن عليهم بنخيلهم وأراضيهم غير مؤبد بقوله عليه الصلاة والسلام أقركم ما أقركم الله وهذا منه شبه الاستثناء واشارة الى أنه ليس لهم حق المقام فى نخيلهم على التأبيد لانه علم من طريق الوحى انه يؤمر باجلائهم فتحرز بهذه الكلمة عن نقض العهد لانه كان أبعد الناس عن نقض العهد والغدر وفيه دليل ان المن المؤقت صحيح سواء كان لمدة معلومة أو مجهولة وان الغدر ينتفى بمثل هذا الكلام وان لم يفهم الخصم فانهم لم يفهموا مراد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد صح منه التحرز عن الغدر بهذا اللفظ قال وان بنى عذرة جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر وجاءته يهود وادى القرى شركاء بنى عذرة بالوادى فاعطوا بايديهم وخشوا أن يغزوهم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهؤلاء كانوا بالقرب من أهل خيبر وان اليهود بالحجاز كانوا ينتظرون ما يؤل اليه حال النبي صلى الله عليه وسلم مع أهل خيبر فقد كانوا أعز اليهود بالحجاز كما روى انه كان بخيبر عشرة آلاف مقاتل فلما صاروا مقهورين ذلت سائر اليهود وانقادوا لطلب الصلح فمنهم يهود وادى القرى جاؤا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاعطوا بايديهم أى انقادوا له وطلبوا الامان وخشوا أن يغزوهم فكان هذا من النصرة بالرعب كما قال عليه الصلاة والسلام نصرت بالرعب مسيرة شهر فلما أعطوا بايديهم والوادى حين فعلوا ذلك أصفان نصف لبنى عذرة ونصف لليهود فجعل رسول الله الوادى أثلاثا ثلثا له وللمسلمين وثلثا خاصة لبنى عذرة وثلثا لليهود فكان هذا بطريق الصلح من رسول الله صلى الله عليه

وسلم فدل أن للامام أن يصالح أهل بلده على بعض الاموال والاراضى اذا رضوا بذلك ثم كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد هم باجلاء اليهود الى الشام على ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لايجتمع فى جزيرة العرب دينان وقال عليه الصلاة والسلام ان عشت الى قابل لاخرجن نجران من جزيرة العرب وكان فى ذلك اظهار فضيلة رسول الله صلى الله عليه وسلم وفضيلة أمته حيث ان جزيرة العرب مولده ومنشاه طهر الله تلك البقعة عن سكنى غير المؤمن فيها وهى أفضل البقاع لان فيها الحرم وبيت الله تعالى حرم الله تعالى ثم مشاركة غير المؤمن مع المؤمن فى السكنى فيها الا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قبض قبل ان يتم ذلك ولم يتفرغ أبو بكر الصديق رضي الله عنه لذلك لانه لم تطل مدة خلافته وقد كان مشغولا بقتال أهل الردة حتى اذا كان فى زمن عمر رضى الله عنه وكان قد سمع ذلك من رسول الله صلى الله عليه وسلم أجلي اليهود من خيبر وأمر يهود الوادى أن يتجهزوا بالجلاء الى الشام وكان المعنى فى ذلك أن اليهود انما جاؤا من الشام الى أرض الحجاز وكان مقصود رؤسائهم من ذلك طلب الحنيفية لما وجدوا فى كتبهم من بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ونعت أمته وبذلك كان يوصي بعضهم بعضا فلما بعث الله تعالى رسول الله صلى الله عليه وسلم امتنعوا من متابعته والانقياد للحق الذى دعا اليه حسدا وكفرا قال الله تعالى وكانوا من قبل يستفتحون على الذين كفروا الآية فجوزوا على سوء صنيعهم بان لايمكنوا من المقام فى أرض العرب وأن يعودوا الى الموضع الذى جاء من ذلك الموضع آباؤهم فلهذا اجلاهم عمر رضى الله عنه ثم احتج عليه يهود الوادى بقولهم انما نحن فى أموالنا قد أقرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وقاسمنا ومعنى هذا الكلام الاشارة منهم الى الفرق بينهم وبين أهل خيبر فان خيبر قد افتتحها المسلمون فصارت مملوكة لهم فاما نحن فصالحنا رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاراضى فاقرنا فى أموالنا على ما كنا عليه فى الاصل ولم يظهر منا خيانة فليس لك أن تجلينا من أرضنا فقال لهم عمر رضى الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لكم أقركم ما أقركم الله يعنى أن هذا اللفظ كان استثناء من رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الصلح الذى جرى بينه وبينكم فلايمنعنى ذلك من اجلائكم وان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد عهد أن لايجتمع فى أرض العرب دينان وانى مجل من لم يكن له عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم يعني عهدا خاصا سوى ذلك الصلح العام فقد كان ذلك مقيدا بالاستثناء وأنا

مقوم أموالكم هذه فمعطيكم أثمانها يعني بهذا الاجلاء لا أبطل حقكم عن أموالكم ولا أتملكها عليكم مجانا ولكني أعطيكم قيمتها وفيه دليل ان الملك الذي من الحرمة ما للملك المسلم وانه متى تعذر ابقاء العين في ملكه يجب ازالته بالقيمة ولهذا قلنا في الكافر اذا أسلم عبده يجبر على بيعه واذا أسلمت أم ولده تخرج الى الحرية بالسعاية في القيمة وفيه دليل ان الامام اذا أحس بالغدر من أهل بلدة من بلاد أهل الذمة وانهم يخبرون المشركين بعورات المسلمين يكون له أن يجليهم من تلك الارض الى أرض أخرى وانه يقوم من أملاكهم ما يتعذر نقله فيعطيهم عوض ذلك من بيت المال أو من أرض أخرى ان كانت لعامة المسلمين كما فعله عمر رضي الله عنه فانه أمر بأموالهم فقومت بتسعين ألف دينار فدفعها اليهم وأجلاهم وقبض أموالهم ثم قال لبني عذرة انا لن نظلمكم ولن نستأثر عليكم أنتم شفعاؤنا في أموال اليهود فان شئتم أعطيتم نصف ما أعطيناهم وأعطيتكم نصف أموالهم وان شئتم سلمتم لنا البيع فتولينا الذي لهم وفيه دليل أن الشفعة تستحق بالشركة في العقار فقد كانت بنو عذرة في الوادي شركاء وان أحد الشركاء اذا اشترى فله الشفعة فيما اشترى كما للشريك الآخر وانما يشتريه الامام للمسلمين بمال بيت المسلمين ليستحق بالشفعة ولكن الاشكال في أنهم لم يطلبوا الشفعة حتى قال لهم عمر رضي الله عنه ما قال والشفعة تبطل بترك الطلب بعد العلم بالبيع فقيل هم قد طلبوا الشفعة وأظهروا ذلك بينهم ولكنهم احتشموا عمر رضي الله عنه فلم يجاهروه بذلك فلما بلغه طلبهم قال ما قال وقيل هم عمر رضي الله عنه أن ذلك بيع شرعي وأن لهم الشفعة بذلك فعند ذلك طلبوا الشفعة وقالوا بل نعطيكم نصف الذي أعطيتم من المال ونقاسمونا أموالهم فباعت بنو عذرة في ذلك الرقيق والابل والغنم حتى دفعوا الى عمر رضي الله عنه خمسة وأربعين ألف دينار فقسم عمر الوادي نصفين بين الامارة وبين بني عذرة وذلك زمان التحظير حين حظر عمر رضي الله عنه الوادي نصفين يعني جمع انصباء المسلمين في جانب وانصباء بني عذرة في جانب وكان ذلك أمرا عظيما قد اشتهر في العرب حتى جعلوه تاريخا وكانوا يسمون ذلك زمان التحظير فيقول بعضهم لبعضهم كنت زمان التحظير ابن كذا سنة كما يكون مثله في زماننا اذا حدث أمر عظيم في الناس يجعل التاريخ منه بمنزلة وقت الوباء وغيره وقال الزهري رحمه الله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين صالح أهل خيبر أعطاهم النخل على أن يعملوا ويقاسمهم نصف الثمار وكان يبعث لقسمة ذلك عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم فيقول ان شئتم

فلكم وان شئتم فلنا وفى هذا الحديث بيان حكمين حكم المعاملة وقد بيناه وحكم الخرص فهو دليل على أن للامام فى الاراضي التى يكون للامام خراجها خراج المقاسمة وفى الارض المشتركة أن يبعث من يخرص الثمار والزروع على أربابها الا أن عندالشافعى هذا الخرص بمنزلة الكيل حتى اذا ادعوا النقصان بعد ذلك لايقبل قولهم الا بحجة وعندنا هذا الخرص لايكون ملزما اياهم شيئا لان الذي يخرص انما يقول شيأ بظن والظن لايغني من الحق شيئا فالقول قولهم فى دعوى النقصان وعلى من يدعى عليهم الخيانة والسرقة اثبات ذلك بالبينة وعلى هذا الاصل جوز الشافعى رحمه الله بيع العرايا وهو بيع التمر على رؤس النخل بتمر مجدود على الارض خرصا فيما دون خمسة أوسق وقال الخرص بمنزلة الكيل ولم يجوز ذلك علماؤنا رحمهم الله وقالوا الخرص ليس بمعيار شرعي تظهر به المماثلة فيكون هذا بيع التمر بالتمر مجازفة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وتأويل مافعله عبد الله بن رواحة رضى الله عنه بأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجهين أحدهما أن ذلك كان على سبيل النظر للمسلمين منه حتي يتحرز اليهود من كتمان شئ فقد كانوا فى عداوة المسلمين بحيث لايمتنعون مما يقدروا عليه من الاضرار بالمسلمين وقيل كان ابن رواحة مخصوصا بذلك حتى كان خرصه بمنزلة كيل غيره لايتفاوت قدعلم ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم من طريق الوحي أو كان له ذلك بدعاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وبكونه مبعوث رسول الله صلى الله عليه وسلم وذلك بين فيما رواه بعد هذا ولا يوجد مثل ذلك في حق غيره ومعنى قوله ان شئتم فلكم وان شئتم فلنا أي ان شئتم أخذتم على ماخرصت وأعطيتمونا نصف ذلك بعد الادراك وان شئتم أخذنا ذلك وأعطينا كم نصف ذلك بعد الادراك فهذامنه بيان أنه عدل فى الخرص ولم يمل الى المسلمين ولا قصد الحيف على اليهود وعن مكحول أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع خيبر الى أهلها الذين كانت لهم على أن يعملوها فاذا بلغت الثمار كان لهم النصف وللمسلمين النصف فبعث ابن رواحة رضى الله عنه فخرصها عليهم وقد بينا فائدة الحديث وفى اللفظ المذكور فى هذا الحديث دليل على ما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله أنه منّ عليهم بأراضيهم وجعل عليهم نصف الخارج بطريق خراج المقاسمة وعن حجاج بن ارطاة قال سألت محمد بن على رضى الله عنه عن المزارعة بالثلث فالنصف فقال اعطي رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر بالشطر وأبو بكر وعثمان وعلي رضى الله عنهم وأهلوهم الى يومهم هذا يفعلونه وفيه دليل جواز

استعمال القياس فقد سئل عن المزارعة وجوازها استدلالا بالمعاملة التي كانت بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وأهل خيبر في النخيل وقيل بل كانت بخيبر نخيل ومزارع فقد كان عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم معه في المزارعة عقد مزارعة وفي هذا الحديث دليل لهما على أبي حنيفة رحمه الله في جواز المزارعة والمعاملة وعن سعيد بن المسيب رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر قال لليهود أقركم ما أقركم الله على أن التمر بيننا وبينكم فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث ابن رواحة فخرص عليهم ثم يقول ان شئتم فلكم وان شئتم فلنا فكانوا يأخذونه وفي هذا الحديث بيان أن ماجرى بين رسول الله صلى الله عليه وسلم وبينهم كان على طريقة الصلح وقد يجوز من الامام المعاملة بين بيت المال وبين الكفار على طريق الصلح مالا يجوز مثله فيما بين المسلمين فيضعف من هذا الوجه استدلالهم بمعاملة رسول الله صلى الله عليه وسلم معهم وفيه دليل هداية ابن رواحة رضي الله عنه في باب الخرص فانهم كانوا أهل نخل وقد علموا انه أصاب في الخرص حين رغبوا في أخذ ذلك وعن سليمان بن يسار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يبعث ابن رواحة فيخرص بينه وبين اليهود قال فجمعوا له حليا من حلي نسائهم فقالوا هذا لك وخفف عنا وتجاوز في القسم فقال يامعشر اليهود انكم أبغض خلق الله تعالى الي وما ذاك بحاملي على أن أحيف عليكم أما الذي عرضتم من الرشوة فوسحت وانا لا نأكلها فقالوا بهذا قامت السموات والارض وانما طلبوا من ابن رواحة رضي الله عنه ماظهر منهم من الميل الى أخذ الرشوة وترك بيان الحق لاجله فانهم كتموا بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم وبعث أمته من كتابهم وحرفوا الكلم عن مواضعه بهذا الطريق كما قال الله تعالى ليشتروا به ثمنا قليلا فويل لهم مما كتبت أيديهم وويل لهم مما يكسبون وما طلبوا منه التخفيف من غير ميل وخيانة فقد كان ابن رواحة رضي الله عنه يفعل ذلك من غير طلبهم وبه كان أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أنه عليه الصلاة والسلام قال للخراصين خففوا في الخرص فان في المال العرية والوصية ثم انه قطع طمعهم بما قال انكم من أبغض خلق الله تعالى الي وهكذا ينبغي لكل مسلم أن يكون في بغض اليهود بهذه الصفة فانهم في عداوة المسلمين بهذه الصفة كما قال الله تعالى لتجدن أشد الناس عداوة للذين آمنوا اليهود وقال عليه الصلاة والسلام ما خلا يهودي بمسلم الا حدثته نفسه بقتله وكان شكواهم رسول الله صلى الله عليه وسلم في كل وقت حتى قال

لو آمن بى اثنا عشر منهم آمن بى كل يهودى على وجه الارض يعنى رؤساءهم ثم بين أن هذا البغض لا يحمله على الحيف والظلم عليهم فالحيف هو الظلم قال الله تعالى أم يخافون أن يحيف الله عليهم ورسوله فكيف يحمله ماعرضوا من الرشوة علي الميل اليهم وقال أماالذى عرضتم من الرشوة فانهاسحت يعني تناول السحت من معامليكم دون المسلمين وقد وصفهم الله بذلك بقوله سماعون للكذب أكالون للسحت والسحت هو الحرام الذى يكون سببا للاستئصال مأخوذ من السحت قال الله تعالى فيسحتكم بعذاب وقد خاب من افترى أي يستأصلكم فقالوا بهذا قامت السموات والارض يعنى مايقوله حق وعدل وبالعدل قامت السموات والارض وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول فى هذا الحديث اشارة الى أن أمتعة النساء وحليهن لم تزل عرضة لحوائج الرجال فان اليهود لحاجتهم الى ذلك تحكموا على نسائهم فجمعوا من حلى نسائهم حلى وأن رجلا من أهل العلم كانت له امرأة ذات يسار فسألها شيأ من مالها لحاجته الى ذلك فابت فقال لاتكونى أكفر من نساء خيبر كن يواسين أزواجهن بحليهن وأنت تأبى ذلك وعن ابن سيرين رحمه الله قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم ابن رواحة رضى الله عنه الى خيبر فقال بعثنى اليكم من هو أحب الىّ من نفسي ولانتم على أهون من الخنازير ولا يمنعني ذلك من أن أقول الحق هكذا ينبغى لكل مسلم أن يكون فى محبة رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذه الصفة فيكون رسول الله صلى الله عليه وسلم أحب اليه من نفسه وأهله وولده وماله لانه به نال العز فى الدنيا والنجاة في الآخرة قال الله تعالى وكنتم على شفاحفرة من النار فانقذكم منها يعني بمتابعة رسول الله صلى الله عليه وسلم وتصديقه وينبغى أن يكون اليهود عند كل مسلم بهذه الصفة والمنزلة أيضا فهم شر من الخنازير فيما أظهروا من عداوة رسول الله صلى الله عليه وسلم حسدا وتعنتا فكأنه قال ذلك لانه قد مسخ منهم قردة وخنازير كما قال الله تعالى وجعل منهم القردة والخنازير واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حاصر بنى قريظة فسمع من بعض سفائهم شتيمة فقال عليه الصلاة والسلام اتشتمونى يااخوة القردة والخنازير فقالوا ما كنت فحاشا ياأبا القاسم قال وذلك لايمنعنى من أن أقول الحق فقالوا بهذا قامت السموات والارض أى بالحق ومخالفة الهوى والميل بها ثم قال قد خرصت عليكم نخيلكم فيه دليل أن النخيل كانت مملوكة لهم وان ما كان يؤخذ منهم بطريق خراج المقاسمة فان شئتم فخذوه ولى عندكم الشطر وان شئتم أخذته ولكم عندى الشطر

تخدوه فان لكم فيه منافع فاخذوه فوجدوا فيه فضلا قليلا وهذا دليل على حذاقته فى باب الخرص وان خرصه بمنزلة كيل غيره حين لم يخف عليه الفضل اليسير وانما تجوز بذلك لان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان أمره بالتخفيف فى الخرص ولم يترك النصيحة لهم فى الاخذ مع شدة بغضه اياهم فدل أنه لا ينبغى للمسلم أن يترك النصيحة لاحد من ولى أو عدو اذا كان لا يخاف على نفسه لان نصيحته بحق الدين وعن الحسن بن على رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أعطى خيبر بالشطر وقال لكم السواقط قيل المراد من السواقط ما يكسر من الاغصان من النخيل مما يستعمل استعمال الحطب والاصح أن المراد ما سقط من الثمار قبل الادراك فان ذلك مما لم يمكن ادخاره الى وقت القسمة لانه يفسد فشرط ذلك لهم دفعا للحرج عنهم وفيه دليل على أن مثل هذا يجعل عفوا فى حق المزارع والعامل لانه لا يتأتى التحرز عنه الا بحرج والحرج مدفوع وعن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم بعث ابن رواحة رضي الله عنه فخرص عليهم مائة وسق فقالت اليهود أشططتم علينا فقال عبد الله رضى الله عنه نحن نأخذه ونعطيكم خمسين وسقا فقالت بهذا تنصرون وقوله اشططتم علينا أى ظلمتمونا وزدتم فى الخرص والشطط عبارة عن الزيادة قال عليه السلام لا وكس ولا شطط وكان ذلك منهم كذبا وكانوا يعلمون ذلك ولكن كان من عادتهم الكذب وقول الزور مع علمهم بذلك كما وصفهم الله تعالى به بقوله وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا فرد عليهم تعنتهم بما قال انا نأخذه ونعطيكم خمسين وسقا فقالوا بهذا تنصرون أى بالعدل والتحرز عن الظلم فالنصر موعود من الله تعالى للعادلين المتمسكين بالعدل والحق فى الدنيا والآخرة قال الله تعالى ان تنصروا الله ينصركم يعنى ان تنصروا الله تعالى بالانقياد للحق والدعاء اليه واظهار العدل ينصركم ويثبت أقدامكم وعن على بن أبي طالب رضى الله عنه قال لا بأس بالمزارعة بالثلث والربع واعلم بان المزارعة في جوازها اختلاف بين العلماء رحمهم الله وكان الخلاف فى الصدر الاول والتابعين رحمهم الله تعالى بعدهم واشتبهت فيها الآثار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فجمع محمد رحمه الله ما نقل من الآثار فى ذلك ثم بنى عليه بيان المسئلة من طريق المعنى فمن قال بجوازها من الصحابة رضى الله عنهم على رضى الله عنه ومعاذ رضى الله عنه على ما روى من طاوس رحمه الله قال قدم علينا معاذ رضى الله عنه اليمن ونحن نعطى أراضينا بالثلث والربع فلم يعب ذلك علينا وفيه بيان ان ترك التكثر ممن تعين عليه البيان

دليل التقرير فقد كان معاذ رضي الله عنه متعينا للبيان لاهل اليمن لان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثه اليهم ليبين لهم الاحكام واستدل بترك التكثر عليهم بعد ما اشتهر هذا العقد بينهم على جوازه ثم روى عنه انه أمضى ذلك وفى هذا تنصيص على الفتوى بالجواز وعن طاوس رحمه الله أنه سئل عن المخابرة فى الارض فقال خابروا على الشطر والثلث والربع ولا تخابروا على كيل معلوم فكان طاوسا تعلم من معاذ رضي الله عنه وفيه دليل أن المزارعة على كيل معلوم يشترطه أحدهما لا تجوز وبه يأخذ من يجوز المزارعة لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركه فى الخارج بعد حصوله وعن موسى بن طلحة قال اقطع عمر رضي الله عنه خمسة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عبد الله بن سعد بن مالك والزبير وخبابا ورأيت هذين يعطيان أرضهما بالثلث والربع وعبد الله وسعدا رضى الله عنهم والمراد عبد الله بن مسعود وقد ذكره مفسرا بعد هذا وهو من كبار فقهاء الصحابة وسعد بن مالك من العشرة وكانا يباشران المزارعة بالثلث والربع وفى الحديث دليل ان للامام ولاية الاقطاع فيما ليس بملك لانسان بعينه لان ماكان الحق فيه لعامة المسلمين فالتدبير فيه الى الامام وله أن يخص بعضهم شئ من ذلك على حسب مايرى كما يفعله فى بيت المال وعن أبى الاسود قال انا كنا نزارع على عهد علقمة والاسود رحمهما الله بالثلث والربع فما يعيبان ذلك علينا وهما من كبار أصحاب على وعبد الله رضى الله عنهما وفتواهما فى ذلك على موافقة فتوى على وعبد الله رضى الله عنهما حجة أيضا وعن محمد بن رافع بن خديج قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا الى قوم يطمس عليهم نخلا فجاء ارباب النخيل فقالوا يارسول الله ان فلانا قد طمس علينا نخلنا فقال عليه الصلاة والسلام قد بعثت رجلا فى نفسى أمينا فان أحببتم أن تخذوا نصيبكم بما طمس والا أخذنا وأعطينا كم نصيبكم فقالوا هذا الحق وبالحق قامت السموات والارض والمراد بالطمس المذكور فى أول الحديث الحزر والمذكور ثانيا الظلم فالطمس هو الاستئصال ومنه يقال عين مطموسة قال الله تعالى فطمسنا أعينهم وكان الحديث فى ابن رواحة رضى الله عنه في أهل خيبر وان لم يفسره فى هذه الرواية وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثت رجلا في نفسي أمينا فى معنى الرد لتهمتهم عليه وهكذا ينبغى للامام أن يختار لعمله من هو أمين عنده ثم يقبل قوله فيما يخبر به ولا يرده لطعن الطاعنين فالقائل بحق لا بد أن يطعن فيه بعض الناس فالناس أطوار وقليل منهم الشكور وقد تحقق تعنتهم لما خيرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم

فقالوا هذا الحق وبالحق قامت السموات الارض وبيانه في قوله تعالى ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السموات والارض وعن الضحاك رضي الله عنه أن عمر رضي الله عنه كان يكرى الارض الجرز بالثلث والربع وكان لا يرى بذلك بأسا والمراد به الارض البيضاء التي تصلح للزراعة قال الله تعالى أو لم يروا أنا نسوق الماء الى الارض الجرز وعمر رضي الله عنه كان ممن يرى جواز المزارعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما دار عمر فالحق معه رضي الله عنه فهو حجة لمن يجوزها وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال لرافع بن خديج ما حديث بلغني عن عمومتك في كراء المزارع فقال دخل عمومتي على رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم خرجوا الينا فأخبرونا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فقال ابن عمر رضي الله عنه قد كنت أعلم انا كنا نكرى الارض على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على أن لرب الارض ماء في الربيع الساقي الذي يتفجر منه الماء وطائفة من الدين قال لا أدري كم هو قال محمد رحمه الله وهذا عندنا هو الذي نهى عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم من كراء المزارع أنهم كانوا يكرونها بشيء لا يدرون كم هو ولا ما يخرج وفيه دليل أن النهي العام يجوز أن يقيد بالسبب الخاص اذا علم ذلك فقد قيد ابن عمر رضي الله عنه النهي المطلق بما عرف من السبب والخصوصية وهو تأويل النهي عند من اجاز المزارعة قال المزارعة بهذه الصفة لا تجوز لانها تؤدي الى قطع الشركة في الخارج مع حصولها فمن الجائز أن يحصل الخارج في الجانب الذي شرط لاحدهما دون الجانب الآخر والربيع الساقي الماء وهو ماء السيل ينحدر من الموضع المرتفع فيجتمع في موضع ثم يسقي منه الارض ولكن أبو حنيفة رحمه الله أخذ بعموم النهي بحديثين رويا في الباب عن رافع بن خديج رضي الله عنه أحدهما أن النبي صلى الله عليه وسلم مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال رافع رضي الله عنه لي استأجرته فقال عليه الصلاة والسلام لا تستأجره بشيء منه وهذا الحديث يمنع حمله على هذا التأويل والثاني ما روى عن رافع ابن خديج رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن كراء المزارع فقلت انا نكريها على الربيع الساقي فقال لا فقلت انا نكريها بالتبن فقال لا فقلت انا نكريها بالثلث والربع فقال عليه السلام لا ازرعها أو امنحها أخاك وهذا ان ثبت فهو نص وكان هذه الزيادة لم تثبت عند من يرى جوازها وانما الثابت القدر الذي رواه محمد رحمه الله عن رافع بن خديج رضي الله عنه أن أسد بن ظهير جاء ذات يوم الى قومه فقال يا بني حارثة قد دخلت

عليكم اليوم مصيبة قالوا ماهى قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كراء الارض قلنا يارسول الله انا نكريها بما يكون على الربيع الساقى من الارض فقال عليه السلام لا ازرعها أو امنحها أخاك وانما سمى ذلك مصيبة لهم لان اكتسابهم كان بطريق المزارعة وكانوا قد تعارفوا ذلك وكان يشق عليهم تركها فلو كان المراد التأويل الذى أشار اليه فى الحديث الاول لم يكن فى ذلك كبير مصيبة لتمكنهم من تحصيل المقصود بدفع الارض مزارعة بجزء شائع من الخارج فهو دليل لابى حنيفة رحمه الله وظاهر قوله عليه الصلاة والسلام ازرعها أو امنحها أخاك يدل على سدباب المزارعة عليهم بالنهى مطلقا وبه يستدل من يقول من المتقشفة انه لا يجوز استئجار الارض بالذهب والفضة لمقصود الزراعة ولكن ماروينا من حديث رافع بن خديج رضى الله عنه وهو قوله لى استأجرته دليل على جواز ذلك وقد ذكر بعد هذا آثارا تدل على جوازه والمراد هنا الانتداب الى ماهو من مكارم الاخلاق بأن يمنح الارض غيره اذا استغنى عن زراعتها بنفسه ولا يأخذ منه أجرا على ذلك وعن يعلى بن أمية وكان عاملا لعمر رضى الله عنه على نجران فكتب اليه يذكر له أرض نجران فكتب اليه عمر رضى الله عنه ما كان من أرض بيضاء يسقيها السماء أو تسقى سحا فادفعها اليهم لهم الثلث ولنا الثلثان وما كان من أرض تسقى بالغروب فادفعها اليهم لهم الثلثان ولنا الثلث وما كان من كرم يسقيه السماء أو يسقى سحا فادفعه اليهم لهم الثلث ولنا الثلثان وما كان يسقى بالغروب فادفعه اليهم لهم الثلثان ولنا الثلث والمراد بالاراضى التى هى لبيت المال حق عامة المسلمين أنه يدفعها اليهم مزارعة (ألا ترى) أنه فاوت فى نصيبهم بحسب تفاوت عملهم بين ما تسقيها السماء أو تسقى بالغروب وهى الدوالى فهو دليل لمن يجوز المزارعة وعن عمرو بن دينار قال قلت لطاوس يا أبا عبد الرحمن لو تركت المخابرة فانهم يزعمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فقال أخبرنى أعلمهم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم ينه عنها ولكنه قال يمنح أحدكم أخاه خير له من أن يأخذ منه خرجا معلوما أو قال خراجا معلوما وكل واحد من اللفظين لغة صحيحة والمراد بقوله أعلمهم معاذ رضى الله عنه فكأنه أشار به الى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلمكم بالحلال والحرام معاذ بن جبل أو قال ذلك لانه أخذ العلم منه وهكذا ينبغى لكل متعلم أن يعتقد فى معلمه أنه أعلم أقرانه ليبارك له فيما أخذ منه ثم قد دعاه عمرو بن دينار الى الاخذ بالاحتياط والتحرز عن موضع الشبهة والاختلاف فأبى ذلك لانه كان يعتقد فيه الجواز كما تعلمه من

أستاذه وفيه دليل انه لا بأس للانسان من مباشرة مايعتقد جوازه وان كان فيه اختلاف العلماء رحمهم الله ولا يكون ذلك منه تركا للاحتياط فى الدين وقوله بمنح أحدكم أخاه اشارة الى الانتداب الذى بيناه فى الحديث الاول وعن جعفر بن محمد عن أبيه قال لم ينه رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها حتى تظالموا كان الرجل يكرى أرضه ويشترط ما يسقيه الربيع والنطف فلما تظالموا نهى عنها والنطف جوانب الارض فهذا اشارة الى التأويل الذى ذكره محمد رحمه الله وأن النهى كان بناء على تلك الخصومة فكان تقييدا بها وعن ابن عمر رضى الله عنه قال كنا نخابر ولا نرى بذلك بأسا حتى زعم رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عنها فتركنا من أجل قوله يعنى من أجل روايته وابن عمر كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة رضى الله عنهم وأشار بهذا الى أنه يعتقد فى المزارعة الجواز ولكنه تركها للحيثية مطلق النهى المروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وكم من حلال يتركه المرء على طريق الزهد وان كان يعتقد الجواز على ماجاء فى الحديث لايبلغ العبد محض الايمان حتى يدع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعن ابن عمر قال أكثر رافع رضى الله عنه على نفسه ليكريها كراء الابل معناه شدد الامر على نفسه بروايته النهى مطلقا من غير رجوعه الى سبب النهى ولاجل روايته يترك المزارعة ويكرى الارض بالذهب والفضة كراء الابل فهو دليلنا على جواز الاجارة فى الاراضى لمقصود الزراعة وعن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كان اذا أكرى الارض اشترط على صاحبها أن لا يدخلها كلبا ولا يعذرها وهذا من التقرر الذى اختاره عمر رضى الله عنه ولسنا نأخذ به فلا بأس بادخال الكلب الارض لحفظ الزرع (ألا ترى) أن الحديث جاء أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فى ثمن الكلب للصيد والحرث والماشية وقوله ولا يعذرها أى لا يلقى فيها العذرة وهو ماينفصل من بنى آدم وقد كان بين الصحابة خلاف فى جواز استعمال ذلك فى الارض فابن عمر رضى الله عنه كان لا يجوز ذلك وكذلك ابن عباس رضى الله عنهما كان ينهى عن القاء العذرة فى الارض وعن سعد رضي الله عنه أنه كان يجوز ذلك وهكذا روى عن أبى هريرة رضى الله عنه حتى كان يباشر ذلك بنفسه فعاتبه انسان على ذلك فقال يقول مكيل بر بمكيل بر وعن أبى حنيفة فيه روايتان فى احدى الروايتين يجوز القاؤها فى الارض اذا كان غير مخلوط بالتراب وفى الرواية الاخرى لايجوز ذلك الا مخلوطا وهو الظاهر من المذهب اذا صار مغلوبا بالتراب فحينئذ

بجوز القاؤها فى الارض ويجوز بيعها لان المغلوب فى حكم المستهلك فاما اذا كانت غير مخلوطة بالتراب فلا يجوز بيعها ولا استعمالها فى الارض لنجاسة عينها بمنزلة الخمر وكانت هذه الحرمة لاحترام بنى آدم فبيع السرقين والقاؤه فى الارض جائز ولكن لاحترام بني آدم لا يجوز ذلك فى الرجيع وهو كالشعر فان شعر الآدمى لاينتفع به بعد ما بان عنه بخلاف شعر سائر الحيوانات وصوفها وعلى الرواية الاخرى عن أبى حنيفة اذا ألقاها فى الارض وخلطها بالارض وصارت مستهلكة فيها يجوز استعمالها كذلك ولكن لايجوز بيعها غير مخلوطة بالتراب وعن خالد الحذاء قال كنت عند مجاهد فذكر حديث رافع بن خديج رضى الله عنه فى كراء الارض فرفع طاوس يده فضرب صدره ثم قال قدم علينا معاذ رضى الله عنه اليمن وكان يعطى الارض على الثلث والربع فنحن نعمل به الى اليوم ومعنى ماقاله طاوس أن معاذا رضى الله عنه كان أعلمهم بالحلال والحرام وما كان يخفى عليه النهى الذى رواه رافع بن خديج وقد كان يباشر المزارعة بالثلث والربع فنحن نتبرم فى ذلك ونحمل النهى على ماحمله معاذ رضى الله عنه فقد كان دعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم وحمد الله تعالى لما وفقه لما رضى به رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن كليب بن وائل قال قلت لابن عمر رضى الله عنهما رجل له أرض وماء وليس له بذر ولا بقر أعطانى أرضه بالنصف فزرعتها ببذري وبقرى ثم قاسمته فقال حسن وفيه منه دليل على أن العالم يفتى بما يعتقد فيه الجواز وان كان لا يباشره فقد روينا أن ابن عمر رضى الله عنهما ترك المزارعة لاجل النهى ثم أفتى بحسنها وجوازها للسائل وعن جابر رضى الله عنه قال دخل رسول الله صلى الله عليه وسلم على أم مبشر فقال ياأم مبشر من غرس هذا النخل مسلم أو كافر قالت بل مسلم قال عليه الصلاة والسلام لايغرس المسلم غرسا ولا يزرع زرعا فيأكل منه انسان ولا دابة ولا سبع ولا طير الا كانت له صدقة يوم القيامة وفى رواية وما أكلت العافية منها فهى له صدقة يعني الطيور الخارجة عن أوكارها الطالبة لارزاقها وفيه دليل أن المسلم مندوب الى الاكتساب بطريق الزراعة والغراسة ولهذا قدم بعض مشايخنا رحمهم الله الزراعة على التجارة لانها أعم نفعا و أكثر صدقة وقد باشرها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروينا أنه ازدرع بالجرف وفى الحديث رد على من يكره من المتقشفة الغرس والبناء وقالوا انه يركن به الى الدنيا وينتقص بقدره من رغبته فى الآخرة والآخرة خير لمن اتقى وهذا غلط منهم فانه يتوصل بهذا الاكتساب الى الثواب فى الآخرة

وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام نعم مطية المؤمن الدنيا الى الآخرة الغرس والبناء وان كان
حسنا من كل واحد ولكن معنى القربة فيه اذا باشره المسلم دون الكافر فان الكافر ليس
من أهل القربة وهو مأمور بتقديم الاسلام على الاشتغال بالغرس ولكن قد ورد أثر عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما يأثر عن ربه عز وجل حيث قال عمروا بلادي فعاش
فيها عبادي فلهذا قلنا هذا الفعل حسن من كل أحد وعن ابن المسيب رضي الله عنه انه كان
لا يرى بأسا بكراء الارض البيضاء بذهب وفضة وعن جبير انه كان لا يرى بأسا باجارة
الارض بدراهم أو بطعام مسمى وقال هل ذلك الا مثل دار أو بيت وهو حجة على مالك
رحمه الله فانه لا يجوز اجارة الارض بالطعام لظاهر قوله عليه الصلاة والسلام لا يستأجر بشئ
منه ولكنا نقول الارض غير منتفع بها كالدار والبيت وكل مايصلح ثمنا في البيع يصلح أجرة
في الاجارة وتأويل النهي الاستئجار بأجرة مجهولة معدومة هي على خطر الوجود كما يكون
في المزارعة وهذا ينعدم في الاستئجار بطعام مسمى وربما يكون في هذا نوع رفق لان
من يستأجر الارض للزراعة فأداء الطعام أجرة أيسر عليه من أداء الدراهم لقلة النقود في
أيدي الدهاقين وعن رافع بن خديج رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم
عن المحاقلة والمزابنة وقال انما يزرع ثلاثة رجل له أرض فهو يزرعها أو رجل منح أرضا فهو
زرع مامنح أو رجل استكرى أرضا بذهب أوفضة * والمزابنة بيع التمر على رؤس النخل بتمر
مجدود على الارض خرصا فالنهي عنها حجة لنا في افساد ذلك العقد والمحاقلة قيل بيع الحنطة
في سنبلها بحنطة والعرب تقول الحقلة نبت الحقلة أى الحنطة نبت السنبلة وقيل المحاقلة
المزارعة وهذا أظهر فقد فسره عليه الصلاة والسلام بقوله انما يزرع ثلاثة فهو دليل لابي حنيفة
على أن الانتفاع بالارض للزراعة مقصور على هذه الطرق الثلاثة وان المزارعة بالربع والثلث
لا تكون صحيحة لان كلمة انما لتقرير الحكم في المذكور ونفيه عما عداه وعن ابن عباس
رضي الله عنهما قال ان أمثل ما أنتم صانعون أن يستكري أحدكم الارض البيضاء بذهب أو
فضة عاما بعام يعني أبعدها عن المنازعة والجهالة واختلاف العلماء رحمهم الله فان الامثل
ما يكون أقرب الى الصواب والصحة وذلك فيما يكون أبعد عن شبهة الاختلاف وعن مجاهد
قال اشترك أربعة نفر على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحدهم من عندي البذر وقال
الآخر من عندي العمل وقال الآخر من عندي الفدان وقال الآخر من عندي الارض

دفع في ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم أن لصاحب الفدان أجرا مسمى وجعل لصاحب العمل درهما كل يوم والحق الزرع كله لصاحب البذر وألغى الارض وبهذا يأخذ من يجوز المزارعة فيقول المزارعة بهذه الصفة فاسدة لما فيها من اشتراط الفدان وهى البقر وآلات الزراعة على أحدهم مقصودا به وبما فيها من دفع البذر مزارعة على الانفراد وكل واحد من هذين مفسد للعقد ثم فى المزارعة الفاسدة الخارج كله لصاحب البذر لانه نما بذره (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم ألحقه بصاحب البذر وألغى الارض يعنى لم يجعل لصاحب الارض من الخارج شيأ الا أنه يستوجب على صاحب البذر أجر مثل أرضه بل يستوجب ذلك عليه كصاحب الفدان وقد أعطاه أجرا مسمى والمراد أجر المثل وصاحب العمل فقد أعطاه درهما كل يوم وتأويله أن ذلك كان أجر مثله فى عمله وكما أنه سلم لصاحب البذر منفعة الفدان والعامل بحكم عقد فاسد فقد سلم له منفعة الارض بعقد فاسد فيستوجب أجر المثل وبهذا بين أن المراد بالالغاء أنه لم يجعل لصاحب الارض شيأ من الخارج فكان الطحاوى لا يصحح هذا الحديث ويقول الخارج لصاحب الارض أورد ذلك فى المشكل وقال البذر يصير مستهلكا لان النبات يحصل بقوة الارض فيكون النابت لصاحب الارض وجعل الارض كالام وفى الحيوانات الولد يكون مملوكا لصاحب الام لا لصاحب الفحل ولكن هذا وهم منه والحديث صحيح وكل قياس بمقابلته متروك ثم فى الحيوانات توجد الحضانة من الام لماء الفحل فى رحمها وفى حجرها بابتنائه وبعد الانفصال فلهذا جعلت تابعة للام فى الملك وذلك لا يوجد فى الارض ثم الخارج نماء البذر (ألا ترى) أنه يكون من جنس البذر وقوة الارض ويكون بصفة واحدة ثم جنس الخارج يختلف باختلاف جنس البذر فعرفنا انه يكون نماء البذر فيكون لصاحب البذر وهذا هو الحكم فى كل مزارعة فاسدة أن للعامل أجر مثل عمله ان عمل بنفسه أو باجرائه أو بغلمانه أو بقوم استعان بهم بغير أجر ويكون الخارج لصاحب البذر فى هذه المسئلة بينها قول جميع المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان المزارعة فاسدة على كل حال وعندهما المزارعة فاسدة هنا كما بينا ثم صاحب البذر يؤمر فيما بينه وبين ربه عز وجل أن ينظر الى الخارج فيدفع فيه مثل ما بذر ومقدار ما غرم فيه من الاجر لصاحب الارض ولصاحب العمل ولصاحب البقر فيطيب له ذلك عما غرم فيه ويتصدق بالفضل لتمكن الخبث فيه باعتبار فساد العقد والاصل فى المزارعة الفاسدة

انه متى ربى زرعه في أرض غيره يؤمر بالتصدق بالفضل وان ربى زرعه فى أرض نفسه بعقد فاسد لا يؤمر بالتصدق فى عقد فاسد وسيأتى بيان هذا الفصل فى موضعه ان شاء الله تعالى.

باب المزارعة على قول من يجيزها فى النصف والثلث

(قال رحمه الله) اعلم أن المزارعة والمعاملة فاسدتان فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله وفى قول أبى يوسف ومحمد وابن أبي ليلى هما جائزتان وقال الشافعى المعاملة فى النخيل والكروم والاشجار صحيحة ويسمون ذلك مساقاة والمزارعة لا تصح الا تبعا للمعاملة بان يدفع اليه الكرم معاملة وفيه أرض بيضاء فيأمره أن يزرع الارض بالنصف أيضا وقد قدمنا بيان الكلام من حيث الأخبار فى المسئلة فاما من حيث المعنى فهما يقولان المزارعة عقد شركة فى الخارج والمعاملة كذلك فتصح كالمضاربة وتحقيقه من وجهين أحدهما أن الربح هناك يحصل بالمال و العمل جميعا فتنعقد الشركة بينهما فى الربح بمال من أحد الجانبين وعمل من الجانب الآخر وهنا باعتبار عمل من أحد الجانبين وبذر وأرض من الجانب الآخر أو نخيل من الجانب الآخر والدليل على أن للعمل تأثيرا فى تحصيل الخارج أن الغاصب للبذر أو الارض اذا زرع كان الخارج له وجعل الزرع حاصلا بعمله والثانى أن بالناس حاجة الى عقد المضاربة فصاحب المال قد يكون عاجزا عن التصرف بنفسه والقادر على التصرف لا يجد مالا يتصرف فيه فجوز عقد المضاربة لتحصيل مقصودهما فكذلك هنا صاحب الارض والبذر قد يكون عاجزا عن العمل والعامل لا يجد أرضا وبذرا ليعمل فيجوز العقد بينهما شركة فى الخارج لتحصيل مقصودهما وفى هذا العقد عرف ظاهر فيما بين الناس فى جميع البلدان كما فى المضاربة فيجوز بالعرف وان كان القياس يأباه كالاستبضاع وبهذا الطريق جوز الشافعى رحمه الله المعاملة ولم يجوز المزارعة لان المعاملة بالمضاربة أشبه من المزارعة فان فى المعاملة الشركة فى الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما أن المضاربة الشركة فى الربح دون رأس المال وفى المزارعة لو شرط الشركة فى الفضل دون أصل البذر بان شرطا دفع البذر من رأس الخارج لم يجز العقد فجوزنا المعاملة مقصودا لهذا ولم نجوز المزارعة الا تبعا للحاجة اليها فى ضمن المعاملة وقد يصح العقد فى الشئ تبعا وان كان لا يجوز مقصودا

كالوقف فى المنقول وبيع الشرب وهذا كله بخلاف دفع الغنم معاملة بنصف الاولاد أو الالبان لان ذلك ليس فى معنى المضاربة فان تلك الزوائد تتولد من العين ولا أثر لعمل الراعي والحافظ فيها وانما تحصل الزيادة بالعلف والسقي والحيوان يباشر ذلك باختياره فليس لعمل العامل تأثير فى تحصيل تلك الزيادة وليس فى ذلك العرف ظاهر فى عامة البلدان أيضا ولهذا لو فعل الغاصب لم يملك شيأ من تلك الزوائد فاما هنا فلعمل الزارع تأثير فى تحصيل الخارج وكذلك لعمل العامل من السقي والتلقيح والحفظ تأثير في جودة الثمار لان بدون ذلك لا يحصل الا ما لا ينتفع به من الحشف ولهذا جوزنا المزارعة والمعاملة ولم نجوز المعاملة فى الزوائد التى تحصل من الحيوانات كدود القز والدجاج وما أشبه ذلك وأبو حنيفة يقول هذا استئجار باجرة مجهولة معدومة فى وجودها خطر وكل واحد من المعنيين يمنع صحة الاستئجار والاستئجار بما يكون على خطر الوجود فى معنى تعليق الاجارة بالخطر والاستئجار باجرة مجهولة بمنزلة بيع بثمن مجهول وكل واحد منهما عقد معاوضة يعتمد تمام الرضا ثم البيع بثمن مجهول يكون فاسدا فكذلك الاستئجار باجرة مجهولة وهذا القياس سنده الاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وبيان ماذكرنا أن البذر ان كان من قبل العامل فهو مستأجر للارض بما يسمى لصاحبها من الخارج وفى حصول الخارج خطر ومقداره مجهول وان كان من قبل رب الارض فهو مستأجر للعامل والدليل على أن هذا اجارة لاشركه انه يتعلق به اللزوم من جانب من لا بذر من قبله وكذلك من جانب الآخر بعد القاء البذر فى الارض وعقد المعاملة يتعلق به اللزوم من الجانبين فى الحال والشركه والمضاربة لا يتعلق بهما اللزوم والدليل عليه أنه لا بد من بيان المدة واشتراط بيان المدة فى عقد الاجارة لاعلام ما تناوله العقد من المنفعة فاما فى الشركة والمضاربة فلا يشترط التوقيت ولا معنى لاعتبار العرف لان العرف يسقط اعتباره عند وجود النص بخلافه وقد وجد ذلك هنا وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا تستأجره بشئ منه وقوله عليه الصلاة والسلام فليعلمه أجره وكما وجد العرف هنا فقد وجد العرف فى دفع الدجاج معاملة بالشركة فى البيض والفروج وفى دفع البقر والغنم معاملة للشركة فى الاولاد والالبان والسمون وفى دفع دود القز معاملة للشركة فى الابريسم ومعنى الحاجة يوجد هناك أيضا ثم لا يحكم بصحة شئ من ذلك باعتبار العرف والحاجة فهنا كذلك واذا ثبت فساد العقد على قوله كان الخارج كله

صاحب البذر فان كان صاحب البذر هو العامل فعليه أجر مثل الارض فينبغى لصاحب الارض أن يشترى منه نصف الخارج بعد القسمة بما استوجب عليه من أجر المثل وكذلك بعمله العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض وبهذا الطريق يطيب لكل واحد منهما على قوله ثم التفريع بعد هذا على قول من يجوز المزارعة والمعاملة وعلى أصول أبى حنيفة ان لو كان يرى جوازها وأبو حنيفة رحمه الله هو الذى فرع هذه المسائل لعلمه أن الناس لا يأخذون بقوله فى هذه المسئلة ففرع على أصوله ان لو كان يرى جوازها ثم المزارعة على قول من يجيزها تستدعي شرائط ستة أحدها التوقيت لان العقد يرد على منفعة الارض أو على منفعة العامل بعوض والمنفعة لا يعرف مقدارها الا ببيان المدة فكانت المدة معيارا للمنفعة بمنزلة الكيل والوزن وهذا بخلاف المضاربة فان هناك بالتصرف المال لا يصير مستهلكا فلا حاجة الى اثبات صفة اللزوم كذلك العقد وهنا البذر يصير مستهلكا بالالقاء فى الارض فبنا حاجة الى القول بلزوم هذا العقد لدفع الضرر من الجانبين ولا يكون ذلك الا بعد علم مقدار المعقود عليه من المنفعة والثانى أنه يحتاج الى بيان من البذر من قبله لان المعقود عليه يختلف باختلافه فان البذر ان كان هو من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وان كان من قبل صاحب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل فلا بد من بيان المعقود عليه وجهالة من البذر من جهته تؤدى الى المنازعة بينهما والثالث أنه يحتاج الى بيان جنس البذر لان اعلام جنس الاجرة لا بد منه ولا يصير ذلك معلوما الا ببيان جنس البذر والرابع أنه يحتاج الى بيان نصيب من لا بذر من قبله لانه يستحق ذلك عوضا بالشرط فما لم يكن معلوما لا يصح استحقاقه بالعقد شرطا والخامس أنه يحتاج الى التخلية بين الارض وبين العامل حتى اذا شرط فى العقد ماتنعدم به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح العقد والسادس الشركة فى الخارج عند حصوله حتى ان كل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج بعد حصوله يكون مفسدا للعقد ثم المزارعة على قول من يجيزها على أربعة أوجه أحدها أن تكون الارض من أحدهما والبذر والعمل والبقر وآلات العمل كله من الآخر فهذا جائز لان صاحب البذر مستأجر للارض بجزء معلوم من الخارج ولو استأجرها باجرة معلومة من الدراهم والدنانير صح فكذا اذا استأجرها بجزء مسمى من الخارج شائع والوجه الثانى أن تكون الارض والبذر والبقر والآلات من أحدهما والعمل من الآخر فهذا جائز أيضا لان صاحب الارض استأجر العامل

ليعمل بآلاته له وذلك صحيح كما لو استأجر خياطا ليخيط بابرة صاحب الثوب أوطيانا ليجمل الطين بآلة صاحب العمل والوجه الثالث أن تكون الارض والبذر من أحدهما والبقر والآلات من العامل وهذا جائز أيضا لان صاحب الارض استأجره ليعمل بآلات نفسه وهذا جائز كما اذا استأجر خياطا ليخيط بابرة نفسه أو قصارا ليقصر الثوب بآلات نفسه أو صباغا ليصبغ الثوب بصبغ له فكذلك هنا وهذا لان منفعة البقر والآلات من جنس منفعة العامل لان اقامة العمل يحصل بالكل فيجعل ذلك تابعا لعمل العامل في جواز استحقاقه بعقد المزارعة والرابع أن يكون البذر من قبل العامل والبقر من قبل رب الارض وهذا فاسد في ظاهر الرواية لان صاحب البذر مستأجر للارض والبقر واستئجار البقر بجزء من الخارج مقصودا لايجوز وهذا لان منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض فان منفعة الارض قوة فى طبعها يحصل به الخارج ومنفعة البقر يقام به العمل فلانعدام المجانسة لا يمكن جعل البقر تبعا لمنفعة الارض ولا يجوز استحقاق منفعة البقر مقصودا بالمزارعة كما لو كان البقر مشروطا على أحدهما فقط والاصل فيه حديث مجاهد فى اشتراك أربعة نفر كما بدأنا وروى أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أن هذا النوع جائز أيضا للعرف ولانه لما جاز أن يكون البقر مع البذر مشروطا على رب الارض فى المزارعة فكذلك يجوز أن يكون البقر بدون الارض مشروطا عليه كما فى جانب العامل لما جاز أن يكون البذر مع البقر مشروطا على العامل جاز أن يكون البقر مشروطا عليه بدون البذر ثم فى الوجوه الثلاثة ان حصل الخارج كان بينهما على الشرط وان لم يحصل الخارج فلا شيء لواحد منهما على صاحبه لان العقد انعقد بينهما شركة فى الخارج ولئن كان اجارة فالاجرة يتعين محلها بتعيينها وهو الخارج ومع انعدام المحل لا يثبت الاستحقاق وهكذا فى الوجه الرابع على رواية أبي يوسف فأما فى ظاهر الرواية فالخارج كله لصاحب البذر لانه نماء بذره فانه يستحقه الغير عليه بالشرط بحكم عقد صحيح ولم يوجد وعليه لصاحب الارض اجرة مثل الارض والبقر لانه صار مستوفيا منفعة أرضه وبقره بحكم عقد فاسد ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول تأويل قوله عليه اجر المثل لارضه وبقره أنه يغرم له أجر مثل الارض مكروبة فأما البقر فلا يجوز أن يستحقه بعقد المزارعة بحال فلا ينعقد العقد عليه صحيحا ولا فاسدا ووجوب أجر المثل لايكون بدون انعقاد العقد فالمنافع لا يتقوم الا بالعقد والاصح أن عقد المزارعة من جنس الاجارة ومنافع البقر يجوز استحقاقها بعقد الاجارة فينعقد عليها

عقد المزارعة بصفة الفساد ويجب اجر مثلها كما يجب أجر مثل الارض وزعم بعض أصحابنا أن فساد العقد هنا على أصل أبي حنيفة لانه فسد العقد فى حصة البقر ومن أصله أن العقد اذا فسد بعضه فسد كله فاما عندهما فينبغى أن يجوز العقد فى حصة الارض وان كان يفسد فى حصة البقر والاصح أنه قولهم جميعا لان حصة البقر لم يثبت فيه الاستحقاق أصلا وحصة الارض من المشروط مجهول فيفسد العقد فيه للجهالة وقد بينا نظيره فى الصلح اذا صولح أحد الورثة من العين والدين على شئ فى التركة وسواء أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج فاجر المثل واجب لصاحب الارض والبقر لان محل وجوب الاجر هنا الذمة دون الخارج وانما يجب استيفاء المنفعة وقد تحقق ذلك سواء أحصل الخارج أم لم يحصل وقيل ينبغى فى قياس قول أبي يوسف رحمه الله أن لا يزاد باجر مثل أرضه وبقره على نصف الخارج الذي شرط له وفى قول محمد يجب أجر المثل بالغا ما بلغ على قياس الشركة فى الاحتطاب وقد بيناه فى كتاب الشركة فان كان البذر من عند صاحب الارض واشترط أن يعمل عنده مع العامل والخارج بينهم أثلاث جازت المزارعة وللعامل ثلث الخارج والباقى كله لرب الارض لان اشتراط العبد على رب الارض والبذر كاشتراط البقر عليه في هذا الفصل وانه صحيح فكذلك اشتراط العبد عليه ثم المشروط للعبد ان لم يكن عليه دين فهو مشروط لصاحب الارض وان كان عليه دين فى قولهما كذلك وفى قياس قول أبي حنيفة المولى من كسب عبده المديون كالاجنبي فكانه دفع الارض والبذر مزارعة الى عاملين على أن لكل واحد منهما ثلث الخارج حتى أن في هذا الفصل لو لم يشترط العمل على العبد فى قولهما المشروط للعبد يكون لرب الأرض فيجوز العقد وفى قياس قول أبى حنيفة المشروط للعبد كالمسكوت عنه لانه لا يستحق شيأ من غير بذر ولا عمل والمسكوت عنه يكون لصاحب البذر وان كان البذر من العامل والمسئلة بحالها فالعقد فاسد لان اشتراط العمل على رب الارض كاشتراط البقر عليه وذلك مفسد للعقد وان كان شرط ثلث الخارج لعبد العامل فان كان البذر من قبل العامل ولا دين على العبد فالعقد صحيح ولرب الارض ثلث الخارج والباقى للعامل لان اشتراط العبد عليه كاشتراط البقر والمشروط لعبده ان لم يكن عليه دين كالمشروط له وان شرط لعبده ثلث الخارج ولم يشرط على عبده عملا فان كان على العبد دين فى قول أبي يوسف ومحمد هذا جائز والمشروط للعبد يكون للعامل لانه يملك كسب عبده المديون وعند أبي حنيفة كذلك الجواب لان

المشروط للعبد كالمسكوت عنه اذا لم يشترط عليه العمل فهو للعامل لانه صاحب البذر بخلاف ما اذا شرط عليه العمل والعبد مديون لان العبد منه كاجنبي فكانه شرط عمل أجنبي آخر مع صاحب البذر على أن يكون له ثلث الخارج وذلك مفسد للعقد فى حصة العامل الآخر على ما بينه فى آخر الكتاب وان كان البذر من عند صاحب الارض واشترط أن يعمل هو مع العامل لم يجز لان هذا الشرط يعدم التخلية بين العامل وبين الارض والبذر وقد بينا نظيره فى المضاربة انه اذا شرط عمل رب المال مع المضارب يفسد العقد لانعدام التخلية والحاكم رحمه الله فى المختصر ذكر فى جملة ما يكون فاسدا من المزارعة على قولهما يجمع بين الرجل وبين لارض ومراده أن يكون البقر والبذر مشروطا على أحدهما والعمل والارض مشروطا على الآخر وهذا فاسد الا فى رواية عن أبي يوسف يجوز هذا بالقياس على المضاربة لان البذر فى المزارعة بمنزلة رأس المال فى المضاربة ويجوز فى المضاربة دفع رأس المال الى العامل فكذلك يجوز فى المزارعة دفع البذر مزارعة الى صاحب الارض والعمل فاما فى ظاهر الرواية فصاحب البذر مستأجر للارض ولا بد من التخلية بين المستأجر وبين ما استأجر فى عقد الاجارة وتنعدم التخلية هنا لان الارض تكون فى يد العامل فلهذا فسد العقد ثم فى كل موضع صار الريع لصاحب البذر من قبل فساد المزارعة والارض له لم يتصدق بشئ لانه لا يتمكن فى الخارج خبث فان الخارج نماء البذر بقوة الارض والارض ملكه والبذر ملكه واذا لم تكن الارض له تصدق بالفضل لانه تمكن خبث فى الخارج فان الخارج انما يحصل بقوة الارض وبهذا جعل بعض مشايخنا الخارج لصاحب الارض عند فساد العقد ومنفعة الأرض انما سلمت له بالعقد الفاسد لا بملكه رقبة الارض فيتصدق لذلك بالفضل ونعني بالفضل أنه يرفع من الخارج مقدار بذره وما غرم فيه من المؤن والاجر ويتصدق بالفضل وان كان هو العامل لا يرفع منه أجر مثله لان منافعه لا تتقوم بدون العقد ولا عقد على منافعه اذا كان البذر من قبله فلهذا لا يرفع أجر مثل نفسه من الخارج ولكن يتصدق بالفضل وما يشترط للبقر من الخارج فهو كالمشروط لصاحب البقر لان البقر ليس من أهل الاستحقاق لنفسه فالمشروط له كالمشروط لصاحبه وما يشترط للمساكين للخارج فهو لصاحب البذر لان المساكين ليس من جهتهم أرض ولا عمل ولا بذر واستحقاق الخارج فى المزارعة لا يكون الا باحد هذه الاشياء فكان المشروط لهم كالمسكوت عنه فيكون لصاحب البذر لان استحقاقه بملك

البذر لايشترط والاجرة تستحق عليه بالشرط فلا يستحق الا مقدار ماشرط له واذا لم يسم لصاحب البذر وسمي ماللآخر جاز لان من لا بذر من قبله انما يستحق بالشرط فاما صاحب البذر فيستحق بملكه البذر فلا ينعدم استحقاقه بترك البيان فى نصيبه وان سمى نصيب صاحب البذر ولم يسم ماللآخر فى القياس هذا لايجوز لانهم ذكروا مالا حاجة بهم الى ذكره وتركوا مايحتاج اليه لصحة العقد ومن لا بذر من قبله يستحق بالشرط فبدون الشرط لايستحق شيأ ولكنه استحسن فقال الخارج مشترك بينهما والتنصيص على نصيب أحدهما يكون بيانأن الباقى للآخر قال الله سبحانه وتعالى وورثه أبواه فلامه الثلث معناه وللاب مابقى فكأنه قال صاحب البذر على أن لى ثلثى الخارج ولك الثلث واذا قال له اعمل ببذرى فى أرضى بنفسك وبقرك وأجرائك فما خرج فهو كله لى جاز والعامل معين لان صاحب الارض والبذر استعان به فى العمل حين لم يشترط له بمقابلته شيأ ولان الذي من جانب العامل منفعة والمنفعة لاتتقوم الا بالتسمية فى العقد فاذا لم يسم لم تتقوم منافعه وان قال على أن الخارج كله لك فهو جائز أيضا وصاحب الارض معير لارضه مقرض لبذره لانه شرط للعامل جميع الخارج ولا يستحق جميع الخارج الا بعدأن يكون البذر ملكاله ولتمليك البذر منه هنا طريقان أحدهما الهبة والثانى القرض فيثبت الادنى وهو القرض لانه متيقن به ثم البذر عين متقوم بنفسه فلايسقط تقومه عنه الا بالتنصيص على الهبة ومنفعة الارض غير متقومة بنفسها فلا تتقوم الا بتسمية البدل بمقابلتها ولم يوجد فلهذا كان معير الارض مقرضا للبذر بمنزلة مالو دفع اليه حانوتا وألف درهم وقال اعمل بها فى حانوتى على أن الربح كله لك فانه يكون مقرضا للالف معيرا للحانوت ولو قال ازرع فى أرضى كرا من طعامك على أن الخارج كله لى لم يجز هذا العقد لانه دفع الارض مزارعة بجميع الخارج وحكى عن عيسى بن أبان رحمه الله انه قال يجوز هذا لانه لما شرط جميع الخارج لنفسه ولا يكون ذلك الا بملك البذر فكأنه استقرض منه البذر وأمره بأن يزرعه فى أرضه فيصير قابضا له باتصاله بملكه وقد بينا نظير هذا فى كتاب الصرف ولكن ماذكره فى الكتاب أصح لان الاصل أن يكون الانسان فى القاء بذره فى الارض عاملا لنفسه وقوله على أن الخارج لى محتمل بجواز أن يكون المراد الخارج لى عوضا عن منفعة الارض ويجوز أن يكون المراد الخارج لى بحكم استقراض البذر والمحتمل لايترك الاصل به ولا يثبت تمليك البذر منه بالمحتمل فكان الخارج كله لصاحب

البذر وعليه أجر مثل الارض لان صاحب الارض ابتغى عن منفعة أرضه عوضا ولم ينل فله أجر مثله أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج ولو قال ازرع لي في ارضي كرا من طعامك على أن الخارج لي أو على أن الخارج نصفين جاز على ما قال والبذر قرض على صاحب الارض أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان قوله ازرع لي تنصيص على استقراض البذر منه فانه لا يكون عاملا له الا بعد استقراضه البذر منه فكان عليه بذرا مثل ما استقرض أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لانه صار قابضا له باتصاله بملكه ثم ان كان قال ان الخارج بيننا نصفان فهي مزارعة صحيحة وان قال على أن الخارج لي فهو استعانة في العمل وكان محمد بن مقاتل رحمه الله يقول ينبغي أن يفسد العقد هنا لانه مزارعة شرط فيها القرض اذا قال على أن الخارج بيننا نصفان والمزارعة كالاجارة تبطل بالشرط الفاسد ولكن في ظاهر الرواية قال الاستقراض مقدم على المزارعة فهذا قرض شرط فيه المزارعة والقرض لا يبطل بالشروط الفاسدة كالهبة وفي الاصل استشهد فقال أرأيت لو قال اقرضني مائة درهم فاشتر لي بها كرا من الطعام ثم ابذره في أرضي على أن الخارج بيننا نصفان ألم يكن هذا جائزا فكذلك ما سبق الا أن هذا مكروه لانه في معنى قرض جر منفعة ولو دفع بذرا الى صاحب الارض على أن يزرعه في أرضه على أن الخارج بينهما نصفان فهو فاسد وهذه مسئلة دفع البذر مزارعة وقد بينا قول أبي يوسف رحمه الله وحكم هذه المسئلة على ظاهر الرواية في الاشكال في أنه أوجب لصاحب الارض اجرا مثل أرضه ولم يسلم الارض الى صاحب البذر فكيف يستوجب عليه اجر مثله ولكنا نقول صارت منفعته ومنفعة الارض حكما كلها مسلمة الى صاحب البذر لسلامة الخارج له حكما وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان عمل العامل بأمره في القاء البذر كعمله بنفسه فيستوجب عليه اجر المثل في الوجهين جميعا وان قالا على أن الخارج لصاحب البذر فهو جائز وصاحب البذر معين له في العمل معير لارضه لانه ما شرط بازاء منافعه ومنافع أرضه عوضا فيكون متبرعا بذلك كله وان قال ازرعه لي في أرضك على أن الخارج لك لم يجز لانه نص على استئجار الارض والعامل بجميع الخارج حين قال ازرعه لي في أرضك والخارج كله لصاحب البذر وعليه للعامل اجر مثل أرضه وعمله وان قال ازرعه في أرضك لنفسك على أن الخارج لي لم يجز لان قوله ازرعه لنفسك تنصيص على اقراض البذر منه ثم شرط جميع الخارج لنفسه عوضا عما أقرضه وهذا شرط فاسد لان القرض مضمون بالمثل شرعا ولكن

القرض لا يبطل بالشرط الفاسد والخارج كله لرب الارض وعليه مثل ذلك البذر لصاحبه ولو دفع اليه الارض على أن يزرع ببذره وبقره ويعمل فيها معه هذا الاجنبي لم يجز ذلك فيما بينهما وبين الاجنبي وهو فيما بينهما جائز وثلث الخارج لصاحب الارض وثلثاه لصاحب البذر لان صاحب البذر استأجر بثلث الخارج وذلك فاسد كما لو كانت الارض مملوكة له وهذا فيما بينهما في معنى اشتراط عمل رب الارض مع العامل ولكنهما عقدان مختلفان أحد العقدين على منفعة الارض والآخر على منفعة العامل فالمفسد فى أحدهما لا يفسد الآخر فلهذا كان لصاحب الارض ثلث الخارج والباقى كله لصاحب البذر وعليه اجر مثل الرجل الذى عمل معه وقد أجاب بعد هذا فى نظير هذه المسئلة فقال يفسد العقد كله وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فانه قال هنالك على أن يعمل معه الرجل الآخر فبهذا اللفظ يصير العقد الفاسد مشروطا فى العقد الذى جرى بين صاحب الارض وبين صاحب البذر فيفسد كله وهنا قال ويعمل معه الرجل الآخر والواو للعطف لا للشرط فقد جعل العقد الفاسد معطوفا على العقد الصحيح لا مشروطا فيه فلهذا لم يفسد العقد بين صاحب الارض وصاحب البذر ولو كان البذر من قبل رب الارض كانت المزارعة جائزة والخارج أثلاثا كما اشترطوا لان صاحب الارض والبذر استأجر عاملين وشرط لكل واحد منهما ثلث الخارج وذلك صحيح والله أعلم بالصواب

﴿ باب ما للمزارع أن يمتنع منه بعد العقد ﴾

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا مزارعة بالنصف يزرعها هذه السنة ببذره وبقره ولما تراضيا على ذلك قال الذى أخذ الارض مزارعة قد بدا لى فى ترك زرع هذه السنة أو قال أريد أن أزرع أرضا أخرى سوى هذه فله ذلك لان المزارعة على قول من يجيزها اجارة والاجارة تنقض بالعذر وترك العمل الذى استأجر العين لاجله عذر له فى فسخ العقد كمن استأجر حانوتا ليتجر فيه ثم بدا له ترك التجارة يكون ذلك عذرا له فى الفسخ وكذلك لو استأجر أرضا بدراهم أو بدنانير ليزرعها ثم بدا له ترك الزراعة يكون ذلك عذرا له فى الفسخ وهذا لان الاجارة جوزت لحاجة المستأجر فى الزام العقد اياه بعد ما بدا له ترك ذلك العمل اضرار به فيؤدي الى أن يعود الى موضوعه بالابطال والضرر عذر فى فسخ العقد

اللازم وكذلك ان قال أريد أن أزرع أرضا أخرى لان البذر من قبله وفى القاء البذر فى الارض اتلاف البذر وقد يحصل الخارج وقد لا يحصل الخارج وفى الزام العقد صاحب البذر قبل الالقاء فى الارض اضرار به من حيث انه يلزم اتلاف ملكه وذلك لا يجوز ثم له فى ترك هذه الارض وزرعه أرضا أخرى غرض صحيح فتلك الارض مملوكة له أو صحة ايامها صاحبها أو تكون أكثر ريعا من هذه الارض فلا يجوز لنا أن نلزمه زراعة هذه الارض شاء أو أبى وهكذا لو كان استأجرها بدراهم أو دنانير الا أن هناك لا يفسخ العقد اذا أراد زراعة أرض أخرى لان فى ابقاء العقد بينهما مع اختياره أرضا أخرى للزراعة منفعة لصاحب الارض وهو أنه استوجب الاجر دينا فى ذمته بالتمكن من الانتفاع وان لم يزرع وفى المزارعة لا فائدة فى ابقاء العقد مع امتناعه من زراعة هذه الارض لان حق صاحب الارض فى الغلة والغلة لا تحصل بدون الزراعة فلهذا قلنا يفسخ العقد بينهما ثم فى الاستئجار بالدراهم اذا أراد ترك الزراعة أصلا يكون ذلك عذرا لانه يتحرز عن اتلاف البذر بالقائه فى الارض واذا أراد أن يزرع أرضا أخرى لا يكون ذلك عذرا له وذلك لا يصير مستحقا له بمطلق العقد واذا كان البذر من جهة رب الارض أجبر العامل على أن يزرعها ان أراد ترك الزراعة سنته تلك أو لم يرد لان العامل هنا أجير لرب الارض وعلى الاجير الايفاء بما التزم بعد صحة العقد وهذا لانه ليس فى ابقاء العقد الحاق ضرر به سوى ما التزمه بالعقد لانه التزم بالعقد اقامة العمل وهو قادر على اقامة العمل كما التزمه بالعقد وموجب العقود اللازمة وجوب تسليم المعقود عليه فاما فى الفصل الاول ففى الزام العقد اياه الحاق ضرر به فيما لم يتناوله العقد لان البذر ليس بمعقود عليه وفى القائه فى الارض اتلافه وان بدا لرب الارض والبذر ان يترك الزراعة فى تلك الارض أو فى غيرها فله ذلك لانه فى الزام العقد اياه اتلاف بذره والبذر ليس بمعقود عليه فلا يجوز أن يلزمه اتلافه بالالقاء فى الارض انما هو موهوم عسى يحصل وعسى لا يحصل وان كان البذر من العامل لم يكن لصاحب الارض أن يمنع الزارع من الزراعة لانه مؤجر لارضه ولا يلحقه بابقاء العقد ضرر فيما لم يتناوله العقد وانما الضرر عليه فى الزام تسليم الارض وقد التزم ذلك بمطلق الزراعة الا أن يكون له عذر والعذر دين لا يقدر على قضائه الا من ثمن هذه الارض فان حبس فيه كان له أن يبيعها لقضاء الدين لان فى ابقاء العقد هنا الحاق الضرر به فيما لم يتناوله العقد وهو تعينه وقد بينا فى كتاب الاجارات ان

مثل هذا عذر له فى فسخ الاجارة وانه بفسخ العقد بنفسه في احدى الروايتين وفى الرواية الاخرى القاضي هو الذي يتولى ذلك ببيعه فى الدين على مافسره فى الزيادات ولو دفع نخلا له معاملة بالنصف ثم بدا للعامل ان يترك العمل أو يسافر فانه يجبر على العمل أما اذا بدا له ترك العمل فلان فى ايفاء العقد لا يلحقه ضرر لم يلتزمه بالعقد لانه التزم بالعقد اقامة العمل ولا يلحقه سوى ذلك وأما فى السفر فقد ذكر فى غير هذا الموضع أن ذلك عذر له لان بالامتناع يلحقه ضرر لم يلتزمه بالعقد وفيما ذكر هنا لايكون عذرا له لانه يتعلل بالسفر ليمتنع من اقامة العمل الذى التزمه بالعقد وقيل انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فهنالك وضع المسئلة فيما اذا شرط عليه اقامة العمل بيده وبعد السفر لايتمكن من ذلك ولا يجوز أن يحول بينه وبين سفر يبتلى به فى المدة لما فى ذلك من الضرر عليه وهنا وضع المسئلة فيما اذا لم يشترط عليه العمل بيده فهو متمكن من اقامة العمل باجرائه وأعوانه وغلمانه بعد السفر بنفسه فلا يكون ذلك عذرا له فى الفسخ وكذلك ان بدا لصاحب النخيل أن يمنع العامل منه ويعمل بنفسه أو يدفعه الى عامل آخر فذلك لايكون عذرا له فى الفسخ بخلاف من البذر من قبله فى باب المزارعة لان هنالك هو يحتاج الى اتلاف بذره بالالقاء فى الارض وهنا رب النخيل لايحتاج الى ذلك فيكون العقد لازما من جانبه بنفسه كما فى جانب العامل وانما العذر من جانبه أن يلحقه دين فادح لاوفاء عنده الا من ثمن النخل فاذا حبس فيه كان ذلك عذرا له فى فسخ المعاملة للبيع فى الدين كما بينا فى الارض والله أعلم

باب الارض بين رجلين يدفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة

(قال رحمه الله) واذا كانت الارض بين رجلين فدفعها أحدهما الى صاحبه مزارعة على أن يزرعها هذه السنة ببذره وبقره على أن الخارج بينهما نصفان فالمزارعة فاسدة لان الدافع كأنه قال لصاحبه ازرع نصيبك من الارض ببذرك على أن الخارج كله لك وهذه مشورة صحيحة أو قال وازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج كله لي وهذا فاسد لانه دفع الارض مزارعة بجميع الخارج وهى مطعونة عيسى رحمه الله وقد بيناها بالامس * فان قيل لماذا لم يجعل كأنه قال ازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج بيننا نصفين وازرع نصيبك ببذرك على أن الخارج بيننا نصفين حتى تصح المزارعة فى نصيب الدافع من الارض * قلنا لانه يكون ذلك منه

انتهاب المعدوم وطمعا فى غير مطمع وهو أن يشترط لنفسه جزأ مما أخرجه نصيب صاحبه من غير أن يكون منه أرض أو بذر أو عمل والعاقل لا يقصد ذلك بكلامه عادة فلذلك حملناه على الوجه الاول وأفسدنا المزارعة والخارج كله للزارع لانه نماء بذره وعليه أجر مثل نصف الارض لصاحبه لانه استوفى منفعة نصيبه من الارض بعقد فاسد ويطيب له نصف الخارج لانه ربى نصف الزرع فى أرض نفسه ولا فساد فى ذلك النصف ويأخذ من النصف الآخر ما أنفق فيه وغرم ويتصدق بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض الغير بسبب فاسد فيتصدق بالفضل ولو كان البذر من الدافع فالعقد فاسد لانه يصير كانه قال ازرع نصيبي من الارض ببذرى على أن الخارج كله لى وهذه استعانة صحيحة لو اقتصر عليها ولكنه قال وازرع نصيبك من الارض ببذرى على أن الخارج كله لك وهذا أيضا اقراض صحيح للبذر لو اقتصر عليه ولكن الجمع بينهما يظهر الفساد باعتبار انه جعل بازاء عمله فى نصيب الدافع منفعة اقراض البذر اياه أو تمليك للبذر منه هبة فى مقدار مازرع به نصيب نفسه فلهذا فسد العقد والزرع كله للدافع لان اقراض شئ من البذر غير منصوص عليه وانما كنا نثبت التصحيح للعقد بينهما وليس فيه تصحيح العقد فلا يجعل مقرضا شيا من البذر منه فلهذا كان الخارج كله لصاحب البذر وللعامل عليه أجر مثل عمله وأجر حصته من الارض لان منفعة حصته من الارض ومنفعة عمله سلمت للدافع بعقد فاسد ويطيب له نصف الريع لانه رباه فى أرض نفسه ويأخذ من النصف الآخر نصف البذر وما غرم من أجر مثل نصف الارض ونصف أجر مثل العامل ويتصدق بالفضل لانه رباه فى أرض غيره بسبب فاسد ولو كان البذر من العامل على أن ثلثي الخارج له وللدافع الثلث جاز لان تقدير كلامه كانه قال ازرع نصيبك ببذرك على أن الخارج كله لك وهى مشهورة صحيحة وازرع نصيبي ببذرك على أن ثلثي الخارج منه لي والثلث لك وهى مزارعة صحيحة ولا يتولد من الجمع بينهما فساد فكان الخارج بينهما على الشرط ولو كان البذر من الدافع كان العقد فاسدا لانه يصير كانه قال ازرع نصيبي ببذري على أن لك ثلث الخارج وهذا صحيح ولكنه قال وازرع نصيبك ببذرك على أن الخارج كله لك وهذا اقراض للبذر لو اقتصر عليه الا أنه باعتبار الجمع بينهما يظهر الفساد من حيث انه جعل له بالعمل فى نصيبه من الارض ثلث الخارج ومنفعة اقراض نصف البذر وكذلك ان كان شرط الثلثين للدافع

لانه يصير كانه قال ازرع نصيبي ببذرك على أن الخارج كله لي وهذه استعانة صحيحة ولكنه قال وازرع نصيبك ببذرى على أن لى ثلث الخارج وهذا دفع البذر مزارعة الى صاحب الارض فلهذا كان فاسدا ولو كان البذر بينهما نصفين على أن ثلثى الخارج للعامل وثلثه للآخر فهذا فاسد لان الدافع شرط للعامل ثلث الخارج من نصيبه من البذر وذلك فاسد لان عمله يلاقى بذرا أو زرعا مشتركا بينهما وأحد الشريكين بعمله فيما هو فيه شريك لا يستوجب الاجر على صاحبه فلهذا فسد العقد والخارج بينهما نصفان طيب لهما لان البذر بينهما نصفان وكل واحد منهما انما ربى زرعه فى أرضه ولا أجر لواحد منهما على صاحبه لان العامل انما عمل فيما هو فيه شريك وهو لعمله فيما هو فيه شريك لا يستوجب الاجر لان شريكه فى المعمول يمنع تسليم العمل الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر فاسدا كان العقد أو جائزا وكذلك لو شرط الثلثين للدافع ومعنى الفساد هنا أبين لان الدافع شرط لنفسه جزأ مما يحصل فى أرض العامل ببذره من غير أن يكون له فى ذلك أرض ولا بذر ولا عمل ولو اشترطا أن الخارج بينهما نصفان فهذا جائز لان العامل معين للدافع هنا فان المشروط لكل واحد منهما بقدر حصته من البذر فكانه قال ازرع أرضك ببذرك على أن الخارج كله لك وازرع أرضى ببذرى على أن الخارج كله لي وهذه استعانة صحيحة فيكون العامل معينا له فى نصيبه ولو اشترطا ثلثى البذر على الدافع وثلثه على العامل والريع نصفان فهذا فاسد لان الدافع يصير كانه قال ازرع أرضى ببذرى على أن الخارج كله لى وازرع أرضك ببذرك وبذرى على أن الخارج كله لك وباعتبار الجمع بين هذين العقدين يفسد العقد لانه جعل له بازاء عمله فى نصيبه منفعة اقراض ثلث البذر وذلك فاسد ولانه أوجب له جزأ من الخارج من بذره بعمله فيما هو شريك فيه وذلك فاسد وما خرج فثلثاه لصاحب ثلثى البذر وثلثه لصاحب ثلث البذر على قدر بذرهما والاجر للعامل لانه عمل فى شئ هو شريك فيه ولا يتصدق صاحب الثلث بشئ منه لانه رباه في أرض نفسه وصاحب الثلثين يغرم أجر مثل سدس الارض للعامل لانه استوفى منفعة ثلث نصيبه من الارض بعقد فاسد والشركة فى الارض لا تمنع وجوب الاجر على الشريك كما لو استأجر أحد الشريكين من صاحبه بيتا ليحفظ فيه الطعام المشترك ثم يطيب له نصف الزرع لانه رباه فى أرضه ويبقى سدس الزرع فيستوفى منه ربع بذره وما غرم من أجر مثل سدس الارض ويتصدق بالفضل لانه ربى زرعه فى

أرض غيره فى ذلك الجزء بسبب فاسد ولو اشترطا أن ثلث البذر على الدافع وثلثيه على العامل والخارج نصفان فهو فاسد لانه يصير كأنه قال ازرع بذرك نصيبك على أن الخارج كله لك وازرع نصيبي ببذري وبذرك على أن الخارج كله لي وهذه مطونة عيسى رحمه الله والعقد فيهما فاسد على رواية الكتاب لان فى الجزء المشروط على العامل من البذر استئجار الارض بجميع ما تخرجه وذلك فاسد فيكون للعامل ثلثا الربع وعليه سدس اجر مثل الارض لانه ربى زرعه فى ثلث نصيب صاحبه وذلك سدس الارض بعقد فاسد فيلزمه اجر مثل ذلك ويطيب له نصف الربع ويرفع من السدس الباقي ربع نصيبه من البذر وما غرم من الاجر ويتصدق بالفضل وثلث الربع طيب للدافع لانه رباه فى أرض نفسه ولو اشترطا البقر على الدافع والبذر على العامل والخارج نصفان فهذا فاسد لانه يصير كأنه قال ازرع نصيبك بذرك وبقري على أن الخارج كله لك وازرع نصيبي ببذري وبذرك على أن الخارج كله لى وهذا فاسد من وجهين أحدهما مابينا والثانى أنه جعل له بازاء عمله فى نصيبه منفعة البقر ليعمل به فى نصيب نفسه ولو كان البذر كله من العامل والبقر من الدافع والشرط أن يكون الخارج بينهما نصفين فهو فاسد لانه جعل بازاء منفعة عمله فى نصيب منفعة البقر له نزراعته نصيب نفسه وذلك مفسد للزراعة ثم الخارج كله لصاحب البذر والآخر مثل أجر بقره واجر مثل نصف الارض يستوفى الزارع نصف الخارج فيطيب له ويأخذ من النصف الآخر نصف البذر ونصف أجر البقر ونصف اجر مثل الارض ويتصدق بالفضل وكذلك لو اشترطا الثلثين لصاحب البذر لانه يصير كأنه قال ازرع نصيبي من الارض بذرك وبقرى على أن لك ثلث الخارج وقد بينا أن البقر اذا كان مشروطا على صاحب الارض ولا بذر من قبله أن المزارعة تكون فاسدة والله أعلم

باب اجتماع صاحب الارض مع الآخر على العمل والبذر مشروط عليهما

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا على أن يزرعها بنفسه وبقره والبذر بينهما نصفان والخارج بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لان الدافع يصير كأنه قال ازرع نصف الارض ببذرى على أن الخارج كله لي وازرع نصف الارض ببذرك على أن الخارج كله لك وكل واحد من هذين صحيح لو اقتصرا عليه لان أحدهما استعان بالعامل والآخر

اعارة الارض ولكن عند الجمع بينهما يظهر المفسد بطريق المقابلة وهو أنه لما جعل للعامل بازاء عمله فى نصف الارض منفعة نصف الارض وذلك فى المزارعة لايجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما ولا اجر للعامل لانه عمل فى شئ هو شريك فيه فانه ألقى فى الارض بذرا مشتركا ثم عمل فى زرع مشترك فلا يستوجب الاجر ولصاحب الارض على العامل نصف أجر مثل الارض لانه استوفى منفعة نصف الارض بحكم عقد فاسد وقد بينا أن الشركة فى الخارج لاتمنع وجوب أجر مثل الارض لانه يجب اجر مثل النصف الذي هو مشغول بزرع العامل ثم يطيب نصف الخارج لصاحب الارض لانه رباه فى أرضه وأما العامل فيتصدق بالفضل فيما بينه وبين ربه لانه رباه فى أرض غيره بسبب فاسد وكذلك لو اشترط للعامل ثلثى الخارج والفساد هنا ابين لان الدافع شرط للعامل ثلث الخارج من نصيبه ومنفعة نصف الارض بازاء عمله وذلك مفسد للعقد وكذلك لو اشترط لصاحب الارض ثلثى الخارج لان العامل جعل له بمقابلة منفعة نصف الارض ثلث الخارج منه وعمله فى النصف الآخر من الارض له وكذلك لو كان البذر ثلثاه من أحدهما بعينه واشترط الريع على قدر البذر فهو فاسد ان كان ثلثا البذر من العامل فلمقابلة منفعة ثلثى الارض بمقابلة عمله فى ثلث الارض لصاحبه وان كان ثلث البذر من قبل الدافع فلمقابلة منفعة ثلث الارض بعمله فى ثلثى الارض لصاحبه وكذلك ان اشترطا أن الريع بينهما نصفان فهذا فاسد والفساد هنا أبين لانه جعل الدافع للعامل ثلث منفعة الارض وبعض الخارج من بذره بازاء عمله فى نصيبه أو على عكس ذلك فيكون العقد فاسدا فى الوجوه كلها والخارج بينهما على قدر البذر واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا له على أن يعمل فيها رب الارض والمدفوع اليه سنته هذه ببذر بينهما نصفان على أن الخارج بينهما نصفان فهذا جائز لانه اعاره نصف الارض ليزرعه ببذر نفسه وزرع نصف الارض بنفسه لنفسه وكل واحد منهما صحيح ولا يظهر فساد بالجمع بينهما ولو اشترط لرب الارض ثلثى الخارج كان هذا فاسدا لانه دفع اليه نصف الارض مزارعة بثلث ما يخرج ولكن شرط عمل رب الارض معه وهذا شرط يعدم التخلية بين المستأجر وبين ما استأجر فيفسد به العقد والخارج بينهما على قدر بذرهما ولا أجر لواحد منهما على صاحبه لانه عمل فيما هو شريك فيه ولصاحب الارض على الآخر أجر مثل نصف الارض لانه استوفى منفعة نصف الارض بعقد فاسد ويطيب

لصاحب الارض نصيبه ويتصدق العامل بما زاد على البذر والنفقة والاجر الذى غرمه لانه رباه فى أرض غيره بسبب فاسد ولو اشترطا الثلثين للعامل كان فاسدا أيضا لان الدافع دفع اليه نصف الارض مزارعة بثلث الخارج وشرط عمل نفسه معه ثم جعل له منفعة نصف الارض بازاء عمله مع ما شرط له من ثلث الخارج فهذا كان فاسدا والخارج بينهما نصفان ولا أجر لصاحب الارض على العامل هنا لانه ما ابتنى على منافع أرضه عوضا حين لم يشترط لنفسه فضلا بخلاف الاول فان هناك شرط الفضل لنفسه فعرفنا انه ابتنى على منافع الارض عوضا ولم ينل فكان له أجر مثل نصف الارض على صاحبه ثم يطيب لكل واحد منهما نصيبه من الزرع لان العامل لما لم يجب عليه الاجر عرفنا أن نصف الارض كان فى يده بطريق العارية ولا فساد فى ذلك فيطيب له الخارج ولو اشترطا العمل عليهما جميعا والخارج بينهما نصفان والبذر من المدفوع اليه خاصة فعملا أو عمل صاحب الار وحده جعل له منفعة نصف الارض بمقابلة عمله فى النصف الآخر معه من الارض وشرط لنفسه مع ذلك منفعة اقراض نصف البذر منه وذلك مفسد للعقد ثم الخارج كله لصاحب البذر ولصاحب الارض نصف اجر مثل أرضه وأجر مثل نفسه في عمله ان كان عمل لانه لا شركة فى الخارج هنا لصاحب البذر استوفى منفعة أرضه وعمله بعقد فاسد فيجب عليه أجر المثل والله أعلم

باب اشتراط شيء بعينه من الريع لاحدهما

(قال رحمه الله) واذا اشترطا أن يرفع صاحب البذر بذره من الريع والباقى بينهما نصفان فهو فاسد أياما كان البذر لان جواز المزارعة علي قول من يجوزها لمتابعة الآثار فأما القياس فما ذهب اليه أبو حنيفة رحمه الله فتى كان العقد لا على الوجه الذي ورد به الاثر أخذ فيه بالقياس ثم المزارعة شركة فى الخارج وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما مع حصول الخارج فى بعضه أو فى كله كان مفسدا للعقد وقدر البذر من جملة الريع فان البذر بالالقاء فى الارض يتلف فهذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى بعض الريع أو فى جميعه اذا كان لا يحصل من الخارج الا قدر البذر وهذا بخلاف المضاربة لان رأس المال هنا ليس من الربح فان بالتصرف لا يتلف رأس المال فاشتراط دفع رأس المال لا يوجب قطع الشركة بينهما فى شيء من الربح ثم اشتراطه دفع البذر هنا فى كونه مخالفا لموجب العقد كاشتراط

كون رأس المال بينهما فى المضاربة ولو اشترطا أن الربح ورأس المال كله نصفان فسد العقد فهذا قياسه ولو اشترطا أن يرفع صاحب البذر عشر الخارج لنفسه والباقى بينهما نصفان جاز لان هذا الشرط لايؤدى الى قطع الشركة فى شئ من الريع بينهما مع حصول الخارج فانه ما من قدر يخرج الا ويبقى بعد رفع العشر منه تسعة أعشاره ثم هذا فى المعنى اشتراط خمسة ونصف من عشرة لصاحب البذر وأربعة ونصف للآخر وذلك لا يؤدي الى قطع الشركة فى شئ من الريع وكذلك لو اشترط العشر لمن لا بذر من قبله والباقى بينهما نصفان جاز لما قلنا ولو اشترطا رفع الخراج من الريع والباقى بينهما نصفان كان فاسدا لان الخراج على رب الارض وهو دراهم مسماة أو حنطة مسماة فاشتراط رفع الخراج بمنزلة اشتراط ذلك القدر من الخارج لرب الارض وهذا شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الريع مع حصوله لجواز أن لا يحصل الا ذلك القدر أو دونه ولو كانت الارض عشرية فاشترطا رفع العشر ان كانت الارض تشرب سحا أو نصف العشر ان كانت تشرب بدلو والباقى بينهما نصفان فهذا جائز لان هذا الشرط لايؤدى الى قطع الشركة فى الخارج فانه ما من مقدار تخرجه الارض الا واذا دفع منه العشر أو نصف العشر يبقى شئ ليكون مشتركا بينهما نصفين فان حصل الخارج أخذ السلطان حقه من عشر أو نصف والباقى بينهما نصفان لانهما شرطا كذلك والمؤمنون عند شروطهم وان لم يأخذ السلطان منهم شيأ أو أخذوا بعض طعامهم سرا من السلطان فان العشر الذى شرط من ذلك للسلطان يكون لصاحب الارض فى قول أبى حنيفة رحمه الله على قياس من أجاز المزارعة وعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يكون بينهما نصفين وأصل المسئلة فيما تقدم بيانه فى الزكاة أن من أجر أرضه العشرية فالعشر عند أبى حنيفة على رب الارض وعندهما العشر فى الخارج على المستأجر ففى المزارعة رب الارض مؤجر للارض أو مستأجر للعامل ان كان البذر من قبله فالعشر عليه عند أبى حنيفة فى الوجهين فالمشروط للعبد مشروط لرب الارض وعندهما العشر فى الخارج فاذا لم يأخذ السلطان منهما العشر أو أخذا بعض الطعام سرا من السلطان فالخارج بينهما نصفان وكذلك المشروط للعشر يكون بينهما نصفين وكان ذلك مشروطا لهما ولو كان صاحبه قال للعامل لست أدرى ما يأخذ السلطان منا العشر أو نصف العشر فانما لك على أن النصف لى مما تخرج الارض بعد الذى يأخذ السلطان ولك النصف فهذا فاسد فى قياس قول أبى حنيفة

رحمه الله وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله هو جائز بينهما على ماقالا ومعنى هذه المسألة أن الارض قد تكون بحيث تكتفى بماء السماء عند كثرة الامطار وقد تحتاج الى أن تسقى بالدلاء عند قلة المطر وفى مثله السلطان يعتبر الاغلب فيما يأخذ من العشر أو نصف العشر فكأنهما قالا لا ندرى كيف يكون حال المطر فى هذه السنة وماذا يأخذ السلطان من الخارج فتعاقدا على هذه الصفة ثم عند أبى حنيفة رحمه الله العشر أو نصف العشر يكون على رب الارض فبهذا الشرط هما شرطا لرب الارض جزأ مجهولا من الخارج اما العشر أو نصف العشر وذلك مفسد للعقد وعند أبى يوسف ومحمد العشر أو نصف العشر يكون فى الخارج والخارج بينهما نصفان فهذا فى معنى اشتراط جميع الخارج بينهما نصفين وذلك غير مفسد للعقد واذا دفع الى رجل أرضا من أرض الخراج يزرعها بنفسه وبذره وبقره فما خرج منها دفع منه حظ السلطان وهو النصف مما تخرج وكان مابقى بينهما لرب الارض ثلثه وللعامل الثلثان فهو جائز على ماشترطا وانما يعنى خراج المقاسمة وللامام رأى فى الخراج بين خراج المقاسمة وبين خراج الوظيفة وخراج المقاسمة جزء من الخارج حتى لايجب الا بوجود حقيقة الخارج بخلاف خراج الوظيفة فكان ذلك بمنزلة العشر عند أبى حنيفة وهو على رب الارض فالمشروط لخراج المقاسمة كأنه مشروط لرب الارض وهذا الشرط لايؤدى الى قطع الشركة وعندهما خراج المقاسمة فى الخارج فيكون عليهما على قدر الخارج بينهما فكأنهما شرطا الثلث والثلثين فى جميع الخارج فيصح العقد فان أخذ السلطان من رب الارض الخراج وترك المقاسمة فالنصف الذى شرطاه للسلطان هو لرب الارض والباقى بينهما على ما اشترطا ومعنى هذا أن السلطان قد يفتح بلدة ويمن بها على أهلها ثم يتردد رأيه فى توظيف خراج المقاسمة عليهم أو خراج الوظيفة فلا يعزم على شئ من ذلك حتى يحصل الخارج أو كان تجعل عليهم خراج المقاسمة على انه ان بدا له أن يجعل عليهم خراج الوظيفة فعل ذلك وقد يشترط ذلك حتى لا يعطلوا الاراضى ويكون هذا من الامام نظرا لارباب الخراج فاذا بدا له بعد حصول الخارج أن يأخذ خراج الوظيفة فانه يأخذ ذلك من رب الارض ثم النصف المشروط للسلطان يكون لرب الارض أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يشكل لان ذلك على رب الارض وان كان خراج المقاسمة فالمشروط له مشروط لرب الارض وعندهما لان بدل ذلك أخذه السلطان من رب الارض والغنم مقابل بالغرم فالشرط لخراج المقاسمة يكون لرب الارض

بهذا الطريق وكذلك لو لم يأخذ السلطان خراجا ولا مقاسمة وترك ذلك أصلا أو أخذا شيأ من الطعام سرا ثم قاسمهم السلطان ما بقي فأخذ نصفه فان ماأخذاه سرا لصاحب الارض ثلثه وللمزارع ثلثاه فقد عطف أحد الفصلين على الآخر بقوله وكذلك وجوابهما يختلف فانه يأخذ اذا لم يأخذ السلطان شيأ فعطف ذلك على المسئلة الاولى دليل على أن المشروط لخراج المقاسمة يكون لرب الارض وفيما اذا أخذا شيأ من الطعام سرا نص على انه يكون أثلاثا بينهما ففيما ذكره فى هذا النوع نوع من التشويش والحاصل أن على قول أبى حنيفة المشروط للخراج يكون مشروطا لرب الارض فى الفصلين يكون النصف المشروط لخراج المقاسمة يكون لرب الارض والباقى بينهم أثلاثا وعند أبى يوسف ومحمد خراج المقاسمة فى الخارج الا اذا أخذ السلطان الخراج من رب الارض فحينئذ يكون ذلك له عوضا عما أخذه السلطان منه فاذا لم يأخذ منه شيأ أو أخذا شيأ من الطعام سرا فذلك مقسوم بينهما على أصل المشترط لصاحب الارض ثلثه وللمزارع ثلثاه وقد ذكر فى بعض النسخ فى هذا الفصل الاخير ان ماأخذاه سرا يكون لصاحب الارض ثلثاه وللمزارع ثلثه فعلى هذا يتفق الجواب فى الفصول الثلاثة ويتحقق العطف فان ذلك النصف لرب الارض والثلث من النصف الباقى له فاذا أخذ ثلثى الخارج فقد وصل اليه جميع هذا ولكن هذا الجواب بناء على قول أبى حنيفة فأما عندهما فالتخريج ما ذكرنا وقيل بل هذا الجواب قولهم جميعا لان المقاسمة واجبة باسم الخراج كالوظيفة والخراج مؤنة تجب على رب الارض فالمشروط للخراج بمنزلة المشروط لرب الارض عندهما جميعا وكذلك لو كان البذر من صاحب الارض والذى قلناه أولا من أن المسئلة على الخلاف هو الاصح وقد نص عليه فى بعض نسخ الاصل ولو قال لا أدرى ما يأخذ السلطان فى هذه السنة المقاسمة أو الخراج فانما تلك على أن أرفع مما يخرج الارض حظ السلطان مقاسمة كان أو خراجا أو يكون مابقي بيننا لى الثلث ولك الثلثان فرضى المزارع بذلك فهذه مزارعة فاسدة من أيهما كان البذر لان هذا شرط يؤدي الى قطع الشركة فى الخارج مع حصول الخارج عشرا بان يأخذ السلطان خراج الوظيفة ويكون الخارج بقدر ذلك أو دونه ثم الريع كله لصاحب البذر كما هو الحكم فى المزارعة الفاسدة والخراج والمقاسمة أيهما كان على صاحب الارض لما بينا أن الخراج مؤنة للارض فيكون على صاحب الارض ثم ان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو مستأجر للعامل ولو عمل بنفسه كان الخراج عليه فكذلك

اذا استأجر العامل فيه وان كان البذر من قبل العامل فرب الارض مؤجر للارض ومنفعة الارض تحصل له بهذه الاجارة كما تحصل اذا استوفاها بنفسه فيكون الخراج عليه والله أعلم

باب ما يفسد المزارعة من الشروط وما لا يفسدها

(قال رحمه الله) واذا اشترط رب الارض على العامل الحصاد فالمزارعة فاسدة من أيهما كان البذر والاصل أن العمل الذى به تحصل الخارج أو يتربى فى المزارعة الصحيحة يكون على العامل وذلك بمنزلة الحفظ والسقى الى أن يدرك الزرع لان المزارعة على قول من يجيزها شركة فى الخارج ورأس مال العامل فيها عمل مؤثر فى تحصيل الخارج كما فى المضاربة وما يكون من العمل بعد الادراك التام الى أن يقسم كالحصاد والدياس والتذرية يكون عليهما لان الخارج ملكهما فالمؤنة فيه عليهما بقدر الملك وما يكون من العمل بعد القسمة كالحمل الى البيت والطحن يكون على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة لان بالمقاسمة تميز ملك أحدهما عن ملك الآخر فيكون التدبير فى ملك كل واحد منهما اليه واذا شرطا الحصاد على العامل فهذا لا تقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين فيفسد به العقد كما لو شرط رب الارض الحمل والطحن عليه فى نصيب نفسه ولان المزارعة تنتهى باستحصاد الزرع (ألا ترى) أن الزرع بعد ما استحصد لو دفعه معاملة الى رجل ليقيم فيه هذه الاعمال بالثلث لم يجز بخلاف ما اذا كان الزرع بقلا فدفعه معاملة الى من يحفظه ويسقيه بالثلث واذا شرط الحصاد على العامل فهذا عمل شرط عليه بعد انتهاء العقد واستحقاق العمل عليه بالعقد وكل شرط يوجب عليه عملا بعد انتهاء العقد فهو فاسد يفسد به العقد وروى بشر وابن سماعة عن أبى يوسف أن العقد لا يفسد بهذا الشرط ولكن ان لم يشترطا فهو عليهما وان شرطا فهو على المزارع لان العرف الظاهر أن المزارع يباشر هذه الاعمال فهذا شرط يوافق المتعارف فلا يفسد به العقد ولكن بمطلق العقد لا يستحق عليه الا ما تقتضيه العقد فان شرط ذلك عليه صار مستحقا بالعرف كما لو اشترى حطبا فى المصر بشرط أن يوفيه فى منزله وفى المعاملة قال هذا الشرط يفسد المعاملة لانه ليس فيه عرف ظاهر وكان نصر بن يحيى ومحمد بن سلمة رحمهما الله يقولان هذا كله على العامل شرط عليه أولم يشرط لان فيه عرفا ظاهرا يتناوله والمعروف كالمشروط فقد جوزنا بعض العقود للعرف وان كان القياس

يأباه كالاستبضاع فهذا مثله وهذا هوا الصحيح فى ديارنا أيضا وكان أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله اذا استفتى فى هـذه المسئلة قال فيها عرف ظاهر ومن أراد أن لا يتعطل فعليه أن لايمتنع مما هو العرف وكذلك لو اشترطا شيأ من ذلك على صاحب الارض كان العقد فاسدا لما بينا وفى جانب رب الارض فساد العقد بهـذا الشرط على الاقاويل كلها لانه ليس فيـه عرف ظاهر (ألا ترى) أن رجلا لو جاء الى رجل قد صار زرعه بقلا فعامله على أن يقوم عليه ويسقيه حتى يستحصد فما خرج فهو بينهما نصفان كان جائزا ولو عامله بعد مااستحصد على أن يحصده ويدوسه ويذريه وينقيه ويحمله الى منزله أوالى موضع كذا كان العقد فاسدا وهذا لان المزارعة على قول من يجيزها انماتكون باعتبار الاثر والاثرانما جاء في مزارعة يكون للعمل فيها تأثير فى تحصيل الخارج وذلك لايوجد فى الفصل الثانى وفى الفصل الاول يوجد ذلك لان الزرع يزداد بعمل العامل بمنزلة الثمار تخرج بعمل العامـل فلهذا صح العقد هنالك ولم يصح هنا ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يزرعهاسنته هذه على أن مارزق الله تعالى من شئ فهو بيننا نصفان فصار قصيلا فأرادا أن يقصلاه ويبيعاه فحصاد القصيل وبيعه عليهما لانهما أنهيا العقد بما عزما عليه والقصل فى القصيل كالحصاد بعد الاستحصاد لانه عمل فى ملك مشترك وليس له تأثير فى زيادة الخارج فكما أن الحصاد بعد الادراك عليهما فكذلك حصاد القصيل عليهما ويستوي ان كان البذر من قبل رب الارض أو المزارع ولو استحصد الزرع فمنعهم السلطان من حصاده اما ظلما أولمصلحة رأى فى ذلك أواستوفى منهم الخراج فالحفظ عليهما لان الحفظ بعـد الاستحصاد بمنزلة الحصاد فان عقد المزارعة ينتهى بالحصاد ولو دفع الى رجل نخلا له معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه على أن الخارج بينهما نصفان فهو جائز وعلى العامل حفظه بالليل والنهار حتى يصير تمرا لان عقـد المعاملة قائم بينهما مالم يصر تمرا والحفظ من الاعمال التى تستحق على العامل بعقد المعاملة فاذا صارتمرا فقد انتهى العقد وبقى الثمر مشتركا بينهما فكان الحفظ بعد ذلك والجداد عليهما بقدر ملكيهما فان اشترط صاحب النخل على العامل فى أصل المعاملة بعد ما يصير تمرا كانت المعاملة فاسدة لانه شرط لنفسـه منفعة عليه بعـد انتهاء العقد ولو أراد فى المعاملة الصحيحة أن يجداه بسرا فيبيعانه أو يلقطانه رطبا فيبيعانه فان اللقاط والجداد عليهما نصفين لما بينا انهما انهيا العقد بما عزما عليه فان الجداد قبل الادراك بمنزلته بعد الادراك ولكن الحفظ على العامل مادام فى رؤس النخيل

حتى يصير ثمرا لان عقد المعاملة بينهما باق فانه انما ينتهي ضمنا للجداذ واللقاط فلا يكون منتهيا قبله وحال قيام العقد الحفظ مستحق على العامل والله أعلم

باب الشرط فيما تخرج الارض وفى الكراب وغيره

(قال رحمه الله) اذا دفع الرجل أرضا له مزارعة بالنصف سنته هذه على أن البذر من قبل العامل فقال صاحب الارض اكربها ثم ازرعها فقال العامل أزرعها بغير كراب فانه ينظر فى ذلك فان كانت تزرع بغير كراب ويحصل الريع الا أن بالكراب أجود فان شاء العامل كرب وان شاء لم يكرب وان كانت لا تخرج زرعا بغير كراب لم يكن له أن يزرع الا بكراب لان المقصود بالمزارعة تحصيل الخارج فان العمل الذي لا بد منه لتحصيل الخارج يصير مستحقا عليه بمطلق العقد وما يحصل الخارج بدونه لا يصير مستحقا عليه الا بالشرط لان بمطلق العقد يستحق المعقود عليه بصفة السلامة ولا يستحق صفة الجودة الا بالشرط فاذا كانت تلك الارض بحيث لا يحصل ريعها الا بكراب فهذا عمل لا بد منه فيصير مستحقا على العامل بمطلق العقد الا ان شاء أن يدع الزرع لان البذر من قبله فلا يكون العقد لازما فى حقه قبل القاء البذر فى الارض وان كان الريع يحصل بغير كراب ومع الكراب يكون أجود ولكن صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقد وبدون الكراب صفة السلامة تحصل فى الريع فيتخير العامل لذلك وان كانت تخرج بعد الكراب شيأ قليلا نظرت فيه فان كان مما يقصد الناس ذلك بالزراعة تخير المزارع فى الكراب وان كان ذلك شيأ لا يقصده الناس بالعمل يجبر على الكراب لان مطلق العقد يتقيد بالمتعارف ولان ما لا يقصد تحصيله بالزراعة عادة يكون معينا وقضية عقد المعاوضة صفة السلامة عن العيب فيصير الكراب مستحقا على العامل لتحصيل صفة السلامة لصاحب الارض فى نصيبه من الخارج واذا كان يخرج بغير كراب ما يقصد بالزراعة فأدنى السلامة يحصل بغير كراب والا على لا يصير مستحقا الا بالشرط وكذلك ان زرع ثم قال لا أسقي ولكن أدعها حتى تسقيها السماء فان كانت تكتفى بماء السماء الا أن السقي أجود للزرع لم يجبر على السقي وان كانت مما لا يكفيه سقي السماء اجبر على السقي وكذلك لو كان البذر من قبل صاحب الارض فى جميع ذلك للمعنى الذى قلنا ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يكربها ويزرعها سنته هذه بالنصف فأراد أن

يزرعها بغير كراب فليس له ذلك ويجبر على الكراب سواء كان البذر من قبل المزارع أو من قبل رب الارض لان أصل الريع وان كان يحصل بغير كراب فمع الكراب أجود وصفة الجودة تصير مستحقة بالشرط كصفة الجودة في المسلم فيه وصفة الكتابة والخبز في العبد تصير مستحقة بالشرط وان كان لا يستحق بمطلق العقد وكذلك لو شرط في السلم فيه أن يوفيه في مصر كذا فله أن يوفيه في أي ناحية من نواحي المصر شاء وان شرط عليه أن يوفيه في منزله في المصر فليس له أن يوفيه في موضع آخر الا أن يكون الريع يحصل بالكراب وغير الكراب على صفة واحدة فحينئذ لا يعتبر هذا الشرط لانه غير مفيد وكذلك ان كان الكراب بحيث يضر بالزرع وقد يكون ذلك عند قوة الارض فان الكراب يحرق الارض والزرع واذا كان بهذه الصفة فليس على المزارع أن يكربها لان اعتبار الشرط للمنفعة لا للضرر واشتراط الثنية على المزارع في المزارعة يفسد العقد قال لانه يبقى منفعتها في الارض بعد مضى السنة بخلاف الكراب فانه لا تبقي منفعته في الارض بعد مضي السنة فاشتراطه لا يفسد المزارعة وتكلموا في تفسير الثنية فقيل المراد أن يكر بها مرتين ثم يزرع فعلى هذا اشتراط الثنية في ديارنا لا يفسد المزارعة لانه لا تبقي منفعتها بعد مضى السنة وفى الديار التى تبقى منفعتها فى الارض بعد سنة ان كانت المزارعة بينهما سنة واحدة يفسد بهذا العقد لانه لا تبقي منفعتها فى الارض بعد المدة وقيل معنى الثنية أن يكربها بعد مايحصد الزرع فيردها مكروبة وهذا الشرط مفسد للعقد لان المزارعة تنتهى بادراك الزرع فقد شرط عليه عملا بعد انتهاء العقد وفيه منفعة لرب الارض وقيل معنى الثنية أن يجعلها جداول كما يفعل بالمبطخة فيزرع ناحية منها ويبقى مابين الجداول مكروبا فينتفع رب الارض بذلك بعد انتهاء المزارعة وهذا مفسد للعقد والحاصل انه متى شرط على العامل ماتبقي منفعته لرب الارض بعد مضى المدة فالمزارعة تفسد به كما لو شرط عليه أن يكرب أنهارها والمزارعة بينهما سنة واحدة فان كرب الانهار تبقى منفعتها بعد انقضاء السنة وكذلك لو شرط عليه اصلاح مشاربها أو بناء حائط فيها أو أن يسرجنها فهذا كله مما تبقى منفعته فى الارض بعد مضى مدة المزارعة فتكون مفسدة للمزارعة ولو دفع اليه الارض والبذر على أن يعمل سنته هذه على انه ان زرع بغير كراب فللمزارع ربع الخارج وان كربها ثم زرعها فللمزارع ثلث الخارج وان كرب وثنى ثم زرع فالخارج بينهما نصفان فهذه مزارعة جائزة على ماشترطا لانه ذكر أنواعا من

العمل وأوجب له بمقابلة كل نوع شيأ معلوما من الخارج فيصح العقد كما لو دفع ثوبا الى خياط فقال ان خطته رومية فلك درهم وان خطته فارسية فلك نصف درهم وهذا لان أوان لزوم العقد من الجانبين وانعقاد الشركة بينهما فى الخارج عند القاء البذر فى الارض والكراب والثنية كل ذلك يسبق القاء البذر فعند لزوم العقد نوع العمل معلوم وبدله معلوم فيجوز العقد كما فى مسئلة الخياطة فان وجوب الاجر عند اقامة العمل وذلك عند العمل معلوم والبدل معلوم وقال عيسى رحمه الله هذا الجواب غلط لانه ذكر قبل هذا ان اشتراط الثنية على المزارع يفسد العقد وهنا قد شرط عليه الثنية وضم اليه نوعين آخرين من العمل متمكنت الجهالة هنا فى العمل ومقدار البدل عند العقد مع اشتراط الثنية فلان يكون مفسدا للعقد كان أولى وان كان لا يفسد العقد اذا كربها أو زرعها بغير كراب فينبغى أن يفسد العقد اذا ثنى لانه تبين ذلك بعمله فكانه شرط ذلك فى الابتداء بعينه ولكن ما ذكره فى الكتاب أصح أما اذا جعلنا تفسير الثنية أن يردها مكروبة فلا حاجة الى الفرق بين هذا وبين ماسبق وان جعلنا تفسير الثنية أن يكربها مرتين فهنالك تعين عليه الثنية بالشرط وهى مما تبقى منفعتها بعد مضى المدة فلا يجوز أن يجبر المزارع على اقامتها وهنا لا يتعين عليه الثنية بل يتخير هو فى ذلك ان شاء فعل وان شاء لم يفعل وهذا غير مفسد للعقد كما اذا أطلق العقد يصح ويتخير المزارع بين أن يثنى الكراب وبين أن يكربها ويدع الثنية فان زرع بعضها بكراب وبعضها بغير كراب وبعضها بكراب وثنيان فهو جائز وما زرعها بغير كراب فالخارج بينهما يكون ارباعا وما زرعها بكراب فهو بينهما اثلاثا وما زرع بكراب وثنيان فهو بينهما نصفان اعتبارا للبعض بالكل وهذا لانه لا يتعين على صاحب الارض والبذر شرط عقده بهذا التبعيض وهو متعارف بين الناس أن يزرع بعض الارض بكراب وثنيان وبعضها بكراب وبعضها بغير كراب وهذا بخلاف مسئلة الخياطة فان هنالك ليس له أن يخيط بعض الثوب رومية وبعضه فارسية لان ذلك يفوت المقصود على صاحب الثوب وهذا غير متعارف فى الثوب الواحد أن يخاط بعضه رومية وبعضه فارسية بل يعد ذلك عيبا فى الثوب وكذلك لو كان البذر من قبل المزارع فى جميع ذلك وكذلك لو كان الشرط أن مازرع بكراب وثنيان فهو بينهما نصفان فهذا والاول سواء وقد طعنوا فى هذه المسئلة فقالوا ينبغى أن لا يصح العقد هنا لان كلمة من للتبعيض فقد شرط عليه أن يزرع البعض بكراب والبعض بثنيان والبعض

بغير كراب وذلك البعض مجهول وهذه الجهالة تفضى الى تمكن المنازعة لان العقد لازم من جانب العامل أو من جانب رب الارض اذا كان البذر من قبل العامل فينبغى أن يفسد العقد واستدلوا على هذا بما ذكره فى آخر الباب من التخيير بين أجناس البذر بهذا اللفظ وأفسدوا العقد به لهذا المعنى الا أنا نقول حرف من قد يكون للصلة خصوصا فى موضع يكون الكلام بدونه مختلا قال الله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واذا كان حرف من صلة كان له أن يزرع الكل باى نوع من الاعمال الثلاثة شاء فهذه المسئلة والاولى سواء والفرق بين هذا وبين التخيير فى جنس البذر بهذا اللفظ نذكره فى آخر الباب ولو دفع اليه الارض على أن يزرعها ببذره سنته هذه على أن يزرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فلصاحب الارض ثلثه وان زرعها سمسما فلصاحب الارض ربعه فهذا جائز على ما اشترطا لما بينا ان أوان لزوم العقد وانعقاد الشركة عند القاء البذر فى الارض وعند ذلك المعقود عليه معلوم والبذر معلوم والجهالة قبل ذلك لا تفضى الى المنازعة وان زرعها بعضها حنطة وبعضها شعيرا وبعضها سمسما فذلك جائز فى كل نوع على ما اشترطا اعتبارا للبعض بالكل لانه لما رضى رب الارض بان يزرع كلها على صفة يكون راضيا بان يزرع بعضها على تلك الصفة وبذلك البذر كما فى المسئلة الاولى وكذلك لو دفع اليه أرضا ثلاثين سنة على أن ما زرع فيها من حنطة أو شعير أو شئ من غلة الصيف أو الشتاء فهو بينهما نصفان وما غرس فيها من نخل أو شجر أو كرم فهو بينهما أثلاثا لصاحب الارض الثلث وللعامل الثلثان فهو بينهما على ما اشترطا سواء زرع الكل على أحد النوعين أو زرع بعضها وجعل فى بعضها كرما قال ولا يشبه البيوع فى هذا الاجارات والاجارات فى مثل هذا تجوز وذكر حماد عن ابراهيم رحمه الله قال سألته عن الاجير أقول له ان عملت فى كذا كذا فبكذا وان عملت كذا فبكذا فقال لا بأس به انما يكره ذلك فى البيوع قيل معنى هذا الفرق أن فى البيوع اذا اشترى أحد شيئين وسمى لكل واحد منهما ثمنا ولم يشترط الخيار ثلاثة أيام لواحد منهما كان العقد فاسدا وفى الاجارات يكون العقد صحيحا بدون شرط الخيار كما فى مسئلة الخياطة والمزارعة لان الثمن فى البيع يجب بنفس العقد والعقد يلزم بنفسه فاذا لم يشترط الخيار فيه كان المعقود عليه مجهولا والثمن مجهولا عند لزوم العقد وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة وفى باب المزارعة العقد لا يلزم من جانب من البذر من قبله قبل القاء البذر فى الارض وفى الاجارة العقد وان كان يلزم بنفسه ولكن البدل

لا يجب الا بالعمل وعند ذلك العمل والبدل معلوم وجهالة صفة العمل قبل ذلك لا تفضي الا المنازعة وقيل بل مراده من هذا الفرق أن فى البيع اذا قال الى شهر بكذا أو الى شهرين بكذا فهذا يكون مفسدا للعقد لجهالة مقدار الثمن عند وجوبه بالعقد وفى الاجارة وجوب البدل عند اقامة العمل وكذلك فى المزارعة انعقاد الشركة عند القاء البذر فى الارض وعند ذلك هو معلوم وفى بعض النسخ قال ولا يشبه هذا البيوع والاجارات فهو اشارة الى الفرق بين المزارعة والبيع والاجارة اذ فى المزارعة له أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا وفى الاجارة فى مسئلة الخياطة ليس له مثل ذلك وكذلك فى البيع اذا اشترى أحد الثوبين على انه بالخيار يأخذ أيهما شاء وسمى لكل واحد منهما ثمنا ليس له أن يلزم العقد فى نصف كل واحد منهما لما فى التبعيض فى البيع والاجارة من الضرر على البائع وعلى صاحب الثوب وذلك لا يوجد فى المزارعة لانه ليس فى زرعه البعض حنطة والبعض شعيرا معنى الاضرار بصاحب الارض ثم فرق أبو يوسف رحمه الله ومحمد رحمه الله بين الاجارة والمزارعة فيما اذا استأجر بيتا على انه ان قعد فيه طحانا فله عشرة دراهم وان قعد يبيع الطعام فيه فاجره خمسة دراهم فالعقد فاسد فى قولهما وهو قول أبى حنيفة الاول رحمه الله وقد بينا المسئلة فى الاجارات والفرق لهما بين هذه المسئلة وبين مسئلة المزارعة ان هناك يجب الاجر بالتخلية وان لم يسكنها المستأجر وعند التخلية مقدار مايجب عليه من الاجر مجهول وأما فى المزارعة فالشركة لا تنعقد الا بالقاء البذر فى الارض وعند ذلك حصة كل واحد منهما معلومة فيكون هذا قياس مسئلة الخياطة الرومية والفارسية على ما بينا ولو دفع اليه أرضا مزارعة على أن يزرعها ببذره وبقره وعمله على أن يزرع بعضها حنطة وبعضها شعيرا وبعضها سمسما فما زرع منها حنطة بينهما نصفان وما زرع منها شعيرا فلرب الارض ثلثه وما زرع منها سمسما فلرب الارض منه ثلثاه وللعامل ثلثه فهذا فاسد كله لانه نص على التبعيض هنا وذلك البعض مجهول فى الحال وكذلك عند القاء البذر فى الارض لانه اذا زرع بعضها حنطة فلا يعلم ماذا يزرع فى ناحية أخرى منها فكان العقد فاسدا لهذا وعند فساد العقد الخارج كله لصاحب البذر وقد بينا حكم المزارعة الفاسدة وهذا بخلاف الاول فان هناك حرف من صلة فله أن يزرع الكل شعيرا ان شاء وحنطة ان شاء وهنا نص على التبعيض فليس له أن يزرعها كلها أحد الاصناف وكذلك لو قال خذها على أن مازرعت منها حنطة فالخارج بيننا نصفان وما زرعت منها شعيرا فلى ثلثه ولك ثلثاه وما

زرعت منها سمسما فى ثلثاوثلث ثلثه فالعقد فاسد وهذه المسئلة هى التى استشهد بها الطاعن قال على القمى رحمه الله وجدت فى بعض النسخ المتينة فى هذه المسئلة زيادة انه قال على أن يزرع كل ذلك فيها فعلى هذا لا حاجة الى الفرق بينه وتبين من هذه الزيادة ان مراده من حرف من التبعيض فهو وما لو نص على التبعيض سواء وأما على ماذكره فى ظاهر الرواية فوجه الفرق بين هذا وبين ماسبق أن الجهالة هنا تمكن فى صلب العقد لان الجهالة فى البذر فلا بد من بيان جنس البذر فى عقد المزارعة وكذلك الاجر لايصير معلوما الا ببيان جنس البذر فكانت الجهالة متمكنة فى صلب العقد فيفسد به العقد فأما فى مسئلة الكراب والثنيان فالجهالة لم تتمكن فى صلب العقد فالعقد بينهما صحيح بدون ذلك فلهذا لم تكن الجهالة المتمكنة بذكر حرف التبعيض مفسدة للعقد هنالك يوضح الفرق أن الكراب والثنيان كل ذلك يسبق القاء البذر فى الارض وانعقاد الشركة عند القاء البذر وعند ذلك البعض الذي ثنى والبعض الذى كرب معلوم فيجوز العقد وأما هنا عند القاء أحد الاصناف من البذر فى ناحية من الارض العقد فى الناحية الاخرى مجهول فى حق جنس البذر وجنس البدل فلهذا فسد العقد بهذا الشرط ولو دفع الارض اليه ليزرعها ببذره على انه ان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فالخارج للعامل فهذا جائز لانه خيره بين المزارعة والاعارة فاشتراط الخارج كله للعامل يكون اعارة للارض منه وذلك صحيح واشتراط المناصفة بينهما فى الخارج من الحنطة يكون مزارعة صحيحة ولا يتولد من ضم أحدهما الي الآخر سبب مفسد وان سمى الخارج من الشعير لنفسه جاز فى الحنطة ولم يجز فى الشعير وهى مطعونة عيسي رحمه الله على ما بينا واذا دفع الارض الى صاحب البذر على أن الخارج كله لصاحب الارض الا أنه ماجعل أحد العقدين مشروطا فى الآخر ولكنه عطف أحدهما على الآخر فساد أحدهما لايمنع صحة الآخر فان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فالخارج لصاحب البذر كما هو الحكم فى المزارعة الفاسدة ولو دفع اليه أرضا وكر حنطة وكر شعير على أنه ان زرع الحنطة فيها فالخارج بينهما نصفان والشعير مردود عليه وان زرعها الشعير فالخارج لصاحب الارض ويرد الحنطة كلها فهو كله جائز على ما اشترطا لانه استعان بالعامل فى أحد العقدين واستأجره بنصف الخارج فى الآخر وخيره بينهما وكل واحد منهما صحيح عند الانفراد ولو اشترط الخارج من الشعير للعامل جاز أيضا لان اشتراط

جميع الخارج له يكون اقراضا منه وقد بينا هـذا أنه بانفراده صحيح فكذلك عند التخيير بينه وبين المزارعة ولودفع اليه الارض وحدها على أنه ان زرعها حنطة فالخارج بينهما نصفان وان زرعها شعيرا فالخارج كله للعامل وان زرعها سمسما فالخارج كله لصاحب الارض فلهذا جاز في الحنطه والشعير على ماقالا لان العقد في الحنطة مزارعة صحيحة بينهما في النصف وفي الشعير اعارة للارض من العامل وهو صحيح أيضا وأما في السمسم فلايجوز لان في السمسم يكون دفعا للارض مزارعة بجميع الخارج وهي مطعونة عيسى رحمه الله لما بينا ولوكان البذر من صاحب الارض جاز في جميع ذلك على ما قالاه لانه في الحنطة العقد مزارعة صحيحة وفي السمسم استعانة بالعامل وفي الشعير اقراض للبذر منه واعارة للارض وكل واحد صحيح عند الانفراد فكذلك اذا خيره بين هذه الانواع لانه ماجعل البعض مشروطا في البعض انما عطف البعض على البعض فلايتولد من هذا العطف معنى يفسد به العقد والله أعلم

باب العذر في المزارعة والاستحقاق

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضه سنته هـذه على أن يزرعها ببذره ونفقته بالنصف فلما تراضيا على ذلك أراد صاحب الارض أن يأخذ أرضه قبل أن يعمل فيها الذى قبضها شيأ وبعد ما كربها وحفر أنهارها وسوى مساقيها لم يكن له ذلك لانه مؤاجر لارضه ولايحتاج في المضى على هذا العقد الى اتلاف شئ من ملكه فيلزم العقد بنفسه في حقه كما لو أجرها بدراهم لم يكن له أن يفسخها الا بعذر الدين فان حبس في الدين ولاوفاء عنده الا من ثمن الارض فحينئذ يكون هذا عذرا لصاحب الارض في فسخ المزارعة وبيع الارض في الدين لان في المضي على أن هذا العقد يلحقه ضرر في نفسه واذا كان الضرر الذي يلحقه في ماله يدفع صفة اللزوم فالضرر الذى يلحقه في النفس وهو الحبس في الدين أولى (ألا ترى) أن العقد قد تمتنع صحته في الابتداء لدفع الضرر فان من باع جذعا من سقف لايمكنه تسليمه الا بضرر لا يجوز البيع ولو أجر ما يلحقه ضرر في تسليمه لايلزمه الاجارة فكذلك تنعدم صفة اللزوم بعذر الدين لدفع الضرر فان باعها بعذر الدين لم يكن عليه من نفقة العامل شئ لانه لم يزد فيها مالا متقوما من عنده والذى أتى به مجرد المنفعة والمنفعة لاتتقوم الا بالتسمية والعقد والمسمى بمقابلة المنفعة هنا جزء من الخارج فان لم يحصل الخارج بأن لم يزرع

أصلا لايستوجب شيأ آخر ولان المزارع عامل لنفسه لانه استأجر الارض ليقيم العمل فيها لنفسه والعامل لنفسه لا يستوجب الاجر على غيره وان لم يأخذها حتى زرعها فنبت الزرع ولم يستحصد حتى حبس القاضي رب الارض فى الدين فأراد أن يأخذها ليبيعها فليس له ذلك لان المزارعة تأكدت بالقاء البذر فى الارض والشركة انعقدت بينهما فى الخارج وفى البيع اضرار بالعامل فى ابطال حقه فى الزرع وفى التأخير الى أن يستحصد الزرع ضرر بالغرماء فان نصيب رب الارض من الزرع يباع فى دينهم أيضا وما فيه من النظر للكل يترجح على مافيه اضرار بالبعض ولئن كان فى التأخير اضرار بالغرماء فضرر التأخير دون ضرر الابطال واذا لم يكن بد من الحاق الضرر بأحدهما ترجح أهون الضررين واذا علم القاضي ذلك أخرجه من السجن لانه انما يحبسه ليقضي دينه اذا كان متمكنا منه فاذا لم يكن عنده وفاء الامن ثمن الارض وهو غير متمكن من بيعها شرعا لم يكن ظالما فى تأخير قضاء الدين وانما يحبس الظالم (ألا ترى) أن المديون اذا ثبت افلاسه عند القاضي أخرجه من السجن فهنا أيضا يخرجه حتى يستحصد الزرع ولا يحول بين صاحب الدين وبين ملازمته كما فى المفلس لجواز أن يحصل فى يده مال فاذا كان ملازما له أخذ ذلك المال بحقه والمال غاد ورائح فاذا استحصد الزرع رد فى الحبس حتى يبيع الارض ونصيبه من الزرع لان المزارعة قد انتهت وتمكن من قضاء الدين ببيع ملكه فيحبسه لذلك ولو كان دفع الارض مزارعة ثلاث سنين فلما نبت الزرع لم يستحصد حتى مات رب الارض فأراد ورثته أخذ أرضهم فليس لهم ذلك استحسانا ولكن الارض تترك فى يد الزارع حتى يستحصد الزرع وفى القياس المزارعة تنتقض بموت رب الارض لانها اجارة وانما يستحق على رب الارض بعقده ما يحدث على ملكه من المنفعة فالمنفعة بعد الموت انما تحدث على ملك الورثة ولم يوجد من جهتهم الرضا بذلك وفى الاستحسان العقد يبقى بينهما لدفع الضرر عن المزارع فان فى قلع الزرع من الضرر عليه ما لا يخفى وكما يجوز نقض الاجارة لدفع الضرر يجوز ابقاؤها بعد ظهور سبب النقض لدفع الضرر (ألا ترى) أن الاجارة تعقد ابتداء لدفع الضرر فان المستعير للارض اذا زرعها ثم بدا للمعير أن يستردها لم يكن له ذلك وتترك فى يد المستعير باجر المثل الى وقت ادراك الزرع وكذلك اذا انتهت مدة اجارة الارض والزرع بقل فانها تترك الى وقت الادراك باجر المثل وهذا لانه كان محقا فى المزارعة فى الابتداء فلا يقلع زرعه ويعقد بينهما عقد

الاجارة لدفع الضرر فكذلك هذا كان عقدا في الابتداء فتبقى الاجارة لدفع الضرر وهو نظير ماتقدم فيما اذا مات المكارى فى طريق الحج أو مات صاحب السفينة والسفينة في لجة البحر فاذا استحصد الزرع أخذوها وقد انقضت الاجارة فيما بقى من السنين ولو مات قبل أن يزرع انتقضت المزارعة وأخذ الوارث الارض لانه لاحاجة الى ابقاء العقد هنا فان العقد ما تأكد بالزراعة وليس فى اعمال سبب النقض ابطال حق العامل عن الزرع ثم لا شئ على الوارث من نفقة العامل لان المنافع لاتتقوم الا باعتبار التسمية والمسمى بمقابلة منفعة الارض جزء الخارج ولم يحصل ولو كان الوقت سنة واحدة فاجر العامل الزرع حتى زرع فى آخر السنة لم يمنع لان المزارعة باقية بينهما ببقاء شئ من المدة فان انقضت المدة والزرع بقل بعد فالزرع بين العامل ورب الارض نصفان كما كان الشرط بينهما والعمل فيما بقى عليهما لان العمل كان على المزارع فى المدة وقد انتهت المدة والعمل بعد ذلك يكون باعتبار الشركه فى الزرع وهما شريكان فى الزرع فالعمل والمؤنة عليهما كنفقة العبد المشترك بينهما اذا كان عاجزا عن الكسب وعلى العامل اجر مثل نصف الارض لان المزارعة لما انتهت لم يبق للعامل حق فى منفعة الارض وهو يستوفى منفعة الارض بتربية نصيبه من الزرع فيها الى وقت الادراك فلا يسلم له ذلك بل عليه اجر مثل نصف الارض لصاحبها كما لو كان استأجرها بدراهم والزرع بقل كان عليه اجر مثلها الى وقت الادراك بخلاف ما تقدم من موت رب الارض لان هناك بقى العقد بينهما ببقاء المدة ومنفعة الارض كانت مستحقة فى المدة فاذا لم يعلم سبب النقض بقى العقد كما كان فلا يلزمه اجر وهنا العقد ماتناول ماوراء المدة المذكورة فالمنفعة فيما وراء المدة لاتسلم له الا باجر المثل فان أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا لم يكن له ذلك لما فيه من الاضرار بالعامل فى ابطال حقه وهو كان محقا فى الزراعة فيجب دفع الضرر عنه واذا كان يسلم لرب الارض اجر مثل نصف الارض كان هو فى المطالبة بالقلع متعنتا قاصدا للاضرار به فيرد عليه قصده وان أراد العامل أن يأخذه بقلا فله ذلك لانه انما كان يترك لدفع الضرر عنه وقد رضي بالتزام الضرر ولانه ناظر لنفسه من وجه فانه يمتنع من التزام أجر مثل نصف الارض مخافة أن لا يفى نصيبه بذلك ثم يقال لصاحب الارض اقلعه فيكون بينكما أو اعطه قيمة حصته منه أو انفق على الزرع كله وارجع بحصته مما تنفق فى نصيبه لانه زرع مشترك بينهما فى أرض أحدهما فلصاحب الارض أن تملك على شريكه نصيبه بقيمته كما فى البناء

والاشجار المشتركة بينهما فى ملك أحدهما وهذا لان المزارع لما رضى بالقلع فقد رضي بسقوط حقه عن حصته مجانا فيكون أرضى بذلك اذا وصل اليه قيمة حصته أو رضى بقيمة حصته بعد القلع لان أكثر ما فيه أن يبيع نصيبه مقلوعا وقيمة حصته قبل القلع أكثر فلصاحب الارض أن يعطيه ذلك ان شاء وان شاء ساعده على القلع فيكون المقلوع بينهما وان شاء أنفق على الزرع كله لانه محتاج الى ابقاء حقه في نصيبه من الزرع حتى يستحصد ولا يتوصل الى ذلك الا بالانفاق فيكون له أن ينفق على الزرع كله بمنزلة العبد المشترك اذا كان عاجزا عن الكسب لصغره وزمانة به وأحدهما غائب فللآخر أن ينفق عليه ولا يكون متبرعا فى نصيب الآخر بل يرجع عليه بما ينفق فى نصيبه فهذا مثله الا أنه لا يرجع الا بقدر نصيبه حتى اذا كان نصيبه من النفقة أكثر من نصيبه من الزرع لم يرجع عليه بالفضل لان العامل ما كان مجبرا على الانفاق فلا يكون له أن يلزمه الزيادة على نصيبه وانما يرجع فى نصيبه باعتبار أن سلامة ذلك له بما أنفق وهذا المعنى لا يوجد فيما زاد على قيمة نصيبه من النفقة ولان حق الانفاق انما يثبت له باعتبار النظر منه لنفسه لا على سبيل الاضرار به وذلك يختص بمقدار نصيبه من الزرع ولو كان البذر من صاحب الارض فبدا له أن لا يزرع بعدما كربها العامل وحفر أنهارها كان له ذلك لانه يتضرر بالمضى على العقد من حيث اتلاف البذر بالقائه فى الارض ولا يعلم أيحصل الخارج أم لا ثم لا شئ عليه للعامل على ما بينا ان المنافع لا تتقوم الا بالتسمية والمسمى للعامل بازاء عمله بعض الخارج ولم يحصل الخارج قال مشايخنا رحمهم الله وهذا الجواب فى الحكم فاما فيما بينه وبين ربه يعنى بأن يعطى العامل أجر مثل عمله لانه انما اشتغل باقامة العمل ليزرع فيحصل له الخارج فاذا أخذ الارض بعد اقامة هذه الاعمال كان هو غارا للعامل ملحقا الضرر به والغرور والضرر مدفوع فيفتى بان يطلب رضاه وان كان قد زرع وصار الزرع بقلا لم يكن لصاحب الارض اخراج العامل منه وان لحقه دين لا وفاء عنده الا من ثمن هذه الارض ولكنه يخرج من الحبس حتى يستحصد الزرع لان العقد تأكد بالقاء البذر فى الارض وانعقدت الشركة فى الخارج وفى البيع اضرار بالمزارع من حيث ابطال حقه فى نصيبه من الزرع وهذا نظير الفصل الاول كما بينا ولو مات رب الارض عمل المزارع على حاله حتى يستحصد الزرع لما بينا من وجه الاستحسان فى الفصل الاول ولو انقضت السنة والزرع لم يحصد ترك في الارض على حاله حتى يستحصد لانه كان محقا فى

المزارعة فى الابتداء فلا يجوز أن يقلع زرعه قبل الاستحصاد والنفقة عليهما نصفان لان الزرع بينهما نصفان واستحقاق العمل على العامل كان فى المدة خاصة وعلى المزارع أجر مثل نصف الارض لانه يستوفى منفعة نصف الارض لتربية حصته فيها الى وقت الادراك فان أنفق أحدهما بغير أمر صاحبه ولا أمر قاض فهو متطوع فى النفقة لان كل واحد منهما غير مجبر على الانفاق فكان المنفق منهما متطوعا كالدار المشتركة بينهما اذا اشتريت فانفق أحدهما فى مرمتها بغير أمر صاحبه كان متطوعا فى ذلك ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يزرعها سنته هذه على أن الخارج بينهما نصفان فزرعها ولم يستحصد حتى هرب العامل فأنفق صاحب الارض بامر القاضى على الزرع حتى استحصد ثم قدم المزارع فلا سبيل له على الزرع حتى يوفى صاحب الارض جميع نفقته أولا لقول القاضى لا نأمره بالانفاق حتى يقيم البينة عنده على مايقول لانه يدعى ثبوت ولاية النظر للقاضى فى الامر بالانفاق على هذا الزرع ولا يعرف القاضى ينته فيكلفه اقامة البينة عليه ويقبل هذه البينة منه ليكشف الحال بغير خصم أو يكون القاضى فيه خصمه كما يكون فى الانفاق على الوديعة واللقطة فاذا أقام البينة كان أمر القاضي اياه بالانفاق كامر المودع ولو كان حاضرا فيكون له أن يرجع عليه بجميع ماأنفق بخلاف ماسبق فرجوعه هناك بقدر حصته من الزرع لان العمل والانفاق هناك غير مستحق على العامل وأمر القاضى انما ينفذ على الغائب باعتبار النظر له وذلك فى مقدار حصته من الزرع لا فى ايجاب الزيادة دينا فى ذمته وهنا العمل مستحق على المزارع لو كان حاضرا أجبره القاضى عليه فيعتبر أمره فى اثبات حق الرجوع عليه بجميع النفقة ولا سبيل له على الزرع حتى يوفيه نفقته لان نصيبه من الزرع انما هو بالانفاق فيكون محبوسا بما أنفق كالآبق يحبس بالجعل ولانه استفاد نصيبه من جهة رب الارض بهذه النفقة فيكون بمنزلة المبيع محبوسا عنه بالثمن فان اختلفا فى النفقة فالقول قول المزارع مع يمينه كما لو كان هو الذى أمره بالانفاق وهذا لان رب الارض يدعي عليه زيادة فيمااستوجبه دينا فى ذمته وهو منكر لذلك وانما يحلف على العلم لانه استحلاف على فعل باشره غيره وهو الانفاق الذي كان من صاحب الارض ولو لم يهرب ولكن انقضت مدة المزارعة قبل أن يستحصد الزرع والمزارع غائب فان القاضى يقول لصاحب الارض انفق عليه ان شئت فاذا استحصد لم يصل العامل الى الزرع حتى يعطيك نفقتك فان أبى أن يعطيك نفقتك أبيع حصته عليه من الزرع وأعطيك

من ثمنه حصته من النفقة فان لم تف حصته بذلك فلا شيء لك عليه وهذا لان بعد انقضاء مدة المزارعة المزارع لا يجبر على العمل لو كان حاضرا فأمر القاضي عليه لا ينفذ الا بطريق النظر له وذلك فى أن يقصر الرجوع على مقدار حصته من الزرع وفى الزيادة على ذلك يلحقه خسران وهو لم يرض به وبين ذلك لصاحب الارض ليكون اقدامه على الانفاق على بصيرة ولكن لا يكون القاضي قادرا يحسب حصته من الزرع بحصته من النفقة لانه حبس بتلك النفقة فان أبى أن يعطى النفقة باع القاضي حصته قيل هذا بناء على قولهما فاما عند أبي حنيفة فلا يبيع القاضي حصته من ذلك لانه لا يرى الحجر على الحر وبيع ماله عليه فى دينه وقيل بل هو قولهم جميعا لان الدين الذى لزمه تعلق بنصيبه من الزرع على معنى أن سلامته له متعلقة بوصول النفقة الى صاحب الارض فيباع فيه كما يباع المرهون والتركة فى الدين ولا يتصدق واحد منهما بشيء فى هذه المسائل من الزرع الذى صار له لانه لا يتمكن خبث ولا فساد فى السبب الذي به سلم لكل واحد منهما نصيبه من الزرع ولو كان البذر من العامل فزرع الارض ثم مات المزارع قبل أن يستحصد فقال ورثته نحن نعلمها على حالها فلهم ذلك لانهم قائمون مقام المورث فى ملك نصيبه من الزرع فيقومون مقامه فى العمل اذا اختاروا ذلك وهذا لان مقصود رب الارض اقامة العمل لا عين العامل (ألا ترى) أنه كان للعامل أن يستعين بهم أو بغيرهم فى حياته ليقيموا العمل فكذلك بعد وفاته اذا اختاروا العمل ولا أجر لهم فى العمل لانهم يعملون فيما لهم فيه شركة على سبيل الخلافة عن مورثهم ولا أجر عليهم فى الارض ان عملوها بقضاء قاض أو بغير قضاء قاض لانهم قائمون مقام مورثهم وعقد المزارعة لم يبطل بموت مورثهم اذا اختاروا العمل وان قالوا لا نعملها لم يجبروا على العمل لانهم انما يخلفون الميت فى أملاكه وحقوقه وليس عليهم ايفاء شيء مما كان مستحقا على مورثهم من ملكهم (ألا ترى) انهم لا يجبرون على قضاء ديونه من ملكهم فكذلك لا يجبرون على اقامة العمل الذي كان مستحقا عليه بمنافعهم وقيل لصاحب الارض اقلع الزرع فيكون بينك وبينهم نصفين أو اعطهم قيمة حصتهم من الزرع وأنفق على حصتهم فتكون نفقتك فى حصتهم مما تخرج الارض لان المزارعة قد انقطعت بموت العامل اذا أبى الوارث اقامة العمل لفوات المعقود عليه لا الى خلف وبقي الزرع مشتركا بينهما فهو بمنزلة ما لو انقضت مدة العمل والزرع بقل فاراد العامل أن يقلع نصيبه وقد بينا هناك أن صاحب الارض يتخير بين هذه الاشياء الثلاثة فهو قياسه الا أن هناك اذا أراد صاحب الارض

الانفاق فانه يرجع بنصف النفقة فى نصيب العامل وهنا يرجع بجميع النفقة فى نصيب الورثة
لان هنالك استحقاق العمل على العامل بمقابلة حصته من الزرع فى المدة لا بعدها وقد انتهت
المدة فكانت النفقة عليهما نصفين وهنا المدة لم تنته وقد كان العمل مستحقا على المزارع بمقابلة
مايسلم له من نصف الزرع وما كان مستحقا عليه يجب ايفاؤه من تركته ولا يسلم التركه للورثة
الا بعد ايفاء ما كان مستحقا عليه فلهذا رجع بجميع ما انفق فى حصة الورثة من الزرع فيستوفيه
ثم يعطيهم المفضل على ذلك وكذلك لو كان الذي مات رب الارض وبقى العامل وكذلك
لو كان البذر من قبل رب الارض ثم مات أحدهما فالامر فيه على ما بينا ان شاء المزارع ان
كان حيا أو ورثته ان كان ميتا أن يمضوا على المزارعة فذلك لهم وان أبوا خير رب الارض
وورثته بين القلع وإعطاء قيمة حصة العامل وبين الانفاق على نحو ماذكرنا ولو كان البذر من
العامل فلما صار الزرع بقلا انقضى وقت المزارعة فايهما أنفق والآخر غائب فهو متطوع فى
النفقة لان الغائب لو كان حاضرا لم يكن مجبرا على الانفاق فيكون صاحبه فى الانفاق على
نصيبه متطوعا ولا أجر لصاحب الارض على العامل لان اجر مثل نصف الارض انما يلزم
بالتزامه وهو اختياره امساك الارض الى وقت الاستحصاد بعد مطالبة صاحب الارض
بالتفريغ ولم يوجد ذلك وان رفع العامل الامر الى القاضي وصاحب الارض غائب فانه يكلفه
البينة على ماادعى لانه ادعى ثبوت ولاية القاضي فى الامر بالانفاق فلا يقبل ذلك منه الا ببينة
فان أتى بالبينة على الزرع أنه بينه وبين فلان الغائب أمره القاضي بالنفقة وان تأخرت اقامة
البينة وخيف على الزرع الفساد فان القاضي يقول له أمرتك بالانفاق ان كنت صادقا والنظر
لهذا يحصل لانه ان كان صادقا فى مقالته فالامر من القاضي فى موضعه وان كان كاذبا لم
يثبت حكم الامر لانه علقه بالشرط فان أنفق حتى يستحصد ثم حضر رب الارض كان
المزارع أحق بحصة رب الارض حتى يستوفى نفقته فان بقى شئ كان لرب الارض وان كانت
نفقته أكثر لم يرجع على رب الارض بشئ لان أمر القاضي انما نفذ فى حق الغائب على وجه
النظر منه له وكذلك يقول له القاضي انفق على أن تكون نفقتك فى حصته من الزرع لدفع
الغرر ويجعل القاضي عليه اجر مثل نصف الارض لان القاضي قام مقام الغائب فى ما يرجع
الى النظر له ولو كان حاضرا يلزمه أجر مثل نصف الارض بتربية نصيبه من الزرع فى
الارض الى وقت الادراك فكذلك القاضي يلزمه ذلك بخلاف ما لو انفق بغير أمر القاضي

فان هناك ليس عن الغائب نائب ليلزمه اجر مثل نصف الارض (ألا ترى) انه لا يثبت له حق الرجوع على الغائب بحصته فيما أنفق بغير أمر القاضي وثبت له حق الرجوع بحصته مما أنفق بامر القاضي فكذلك في اجر مثل نصف الارض يقع الفرق بين الفصلين لهذا المعنى ولو حضروا جميعا فقال المزارع يقلع الزرع وقال رب الارض ينفق عليه وآخذ منك اجر مثل نصف الارض لم يكن له ذلك لانه لا بد أن يلزم المزارع دينا في ذمته وربما يتضرر به المزارع بأن لا يفي نصيبه من الزرع بذلك فيكون له أن يأبى ذلك ثم يقول القاضي لصاحب الزرع ان شئت فاقلع الزرع مع المزارع وان شئت فاعطه نصف قيمة الزرع وان شئت فانفق على الزرع كله وتكون حصته الى حصة العامل من النفقة في حصته من الخارج ولا يجبر المزارع على نفقة ولا أجر لان فيه اتلاف ملكه وأحد لا يجبر على ذلك وان كان ينتفع به غيره وان قال المزارع ينفق على الزرع وأبى ذلك صاحب الارض وقال يقلع الزرع أمر القاضي أن ينفق على الزرع فتكون نفقته على حصة صاحب الارض في حصته من الزرع وعليه أجر مثل نصف الارض لانه في اختيار الانفاق ناظر لنفسه ولصاحب الارض فانه يحيي به نصيبه من الزرع ويسلم له أجر مثل نصف الارض وصاحب الارض في الاباء متعنت قاصد الى الاضرار به فلا يلتفت القاضي الى تعنته بخلاف الاول فان المزارع هناك يلزمه الاجر بما اختاره صاحب الارض من الانفاق ولو ساعده على ذلك فهو بالاباء يدفع الغرم عن نفسه وهنا صاحب الارض لا يلزمه شيء وكل شيء من هذا الباب أمر القاضي أحدهما بالنفقة كلها وصاحبه غائب لم يأمره بذلك حتى تقوم البينة على الشركة فان خيف الهلاك عليه الى أن تقوم البينة قال له القاضي أمرتك بالنفقة ان كان الامر كما وصفت وقد بينا وجه هذا ولو كان البذر من صاحب الارض فلما صار الزرع بقلا قال العامل لا أنفق عليه ولا أسقيه فان القاضي يجبره على أن ينفق عليه ويسقيه لانه التزم ذلك بمباشرة العقد طائعا فيجبر على ايفاء ما التزمه فلو أجبره ولم يكن عنده ما أنفق أمر صاحب الارض والبذر ان ينفق عليه ويسقيه على أن يرجع بذلك كله على صاحبه وان كان أكثر من نصيبه لان ذلك شيء يجبره عليه وكل نفقة يجبر عليها صاحبها فلم ينفق فامر القاضي صاحبه بالنفقة فانفق رجع بكلها على شريكه هلكت الغلة أو بقيت وكل نفقة لا يجبر عليها صاحبها فانفق شريكه بامر القاضي فانها تكون في حصة الآخر فان لم تف بها لم يكن للمنفق غير ذلك ولو أصاب الغلة آفة وتعذر عليه

ابقاؤه للافلاس فيستحق النظرة الى الميسرة ولا يبطل أصل الاستحقاق فيكون الآخر
كالقائت عنه شرعا فيما كان مستحقا عليه فيرجع بجميعه دينا في ذمته كما لو كان أمره بذلك
وفيما لم يكن هو مجبرا عليه لم يؤخذ منه الالتزام بمباشرة سببه وانما يلزم القاضي ذلك على
سبيل النظر منه له ومعنى النظر انما يتحقق اذا كان الالزام بقدر نصيبه من الغلة على وجه يبقى
بقائه ولا يطالب بشيء بعد هلاكه فلهذا لا يعتبر أمر القاضي الا في هذا المقدار (ألا ترى)
أن عبدا صغيرا لو كان بين رجلين فقال أحدهما ليس عندي ماأنفق عليه ولا ما استرضع
به أجبره القاضي على ذلك فان لم يقدر على ذلك وأمر شريكه فاسترضع له رجع عليه
بحصته من الاجر بالغا مابلغ اذا كان رضاع مثله وان كان أكثر من قيمة الصبي سواء بقي
الصبي أوهلك لانه لما كان مجبرا على الانفاق كان أمر القاضي شريكه بالانفاق كأمره لان
القاضي نائب عنه في ايفاء ما كان مستحقا عليه ودفع الظلم فيرجع عليه بنصيبه بالغا ما بلغ ومثله
في الدابة المشتركة لما لم يكن مجبرا على الانفاق في القضاء فاذا أنفق الشريك لم يكن له أن
يرجع عليه فيما زاد على قيمة نصيبه ولا بعد هلاك الدابة فبهذا يتضح الفرق بينهما ولو أوصى
لرجل بنخل ولآخر بغلته فالنفقة على صاحب الغلة تسلم له بمقابلة ماينفق والغرم مقابل
بالغنم فان أحاله فلم يخرج شيأ في سنته لم يجبر واحد منهما على النفقة أما صاحب النخل فلان
لا يسلم له شيء من الغلة ولانه لا يجبر على الانفاق على ملكه في غير بني آدم وصاحب الغلة
انما كان ينفق لتسلم له الغلة وفي هذه السنة لا يسلم له شيء من الغلة فلا يجبر على النفقة فان
أنفق عليه صاحب النخل حتى حمل لم يكن لصاحب الغلة شيء حتى يستوفي صاحب النخل
النفقة من الغلة وان لم يخرج من الغلة فيما يستقبل مثل ماأنفق لم يكن له على صاحب الغلة
غرم نفقته وانما نفقته فيما أخرجت النخل لان الغلة انما حصلت بالنفقة فلا تسلم له الغلة حتى
يعطيه ما أنفق ولكن صاحب الغلة لم يكن مجبرا على الانفاق فلا يرجع بالفضل عليه
فكذلك الزرع الذي وصفنا قبل هذا . ولو أنفق عليه المزارع بأمر صاحبه رجع عليه بذلك
بالغا ما بلغ لانه استقرض منه ماأمره بان ينفق عليه وقد أقرضه فيكون ذلك دينا عليه في
ذمته ولا سبيل له على حصته من الزرع وهذا لان أمره على نفسه نافذ مطلقا فلا يتقيد بما
فيه نظر له وأمر القاضي عليه يتقيد بما فيه نظر له فيما لم يكن هو مجبرا عليه واذا دفع الرجل
الى رجل أرضا عشر سنين على أن يزرعها مابدا له على أن ما أخرج الله تعالى في ذلك من

شيء فهو بينهما نصفان فغرسها نخلا أو كرما أو شجرا فأثمر ولم يبلغ الثمر حتى مات المزارع أو رب الارض فالثمر بمنزلة الزرع الذى لم يبلغ في جميع مابينا لان لادراك الثمار نهاية معلومة كالزرع فيبقى العقد بعد موت أحدهما الى وقت الادراك لما فيه من النظر لهما وليس فيه كثير ضرر على صاحب الارض ولو مات رب الارض وليس فيه ثمر انتقضت المزارعة وصار الشجر بين ورثة الميت وبين المزارع نصفين فان الشجر كالبناء ليس له نهاية معلومة فى تفريغ الارض منه وفى ابقاء العقد اضرار بصاحب الارض وهو الوارث (ألا ترى) أن المستعير لو زرع الارض ثم بدا للمعير ان يستردها يبقى زرع المستعير الى وقت الادراك بأجر ولا يفعل مثله فى الشجر والبناء فهذا مثله وكذلك لو مات المزارع وبقي صاحب الارض فان قال المزارع أنا آخذ من الورثة نصف قيمة الغرس لم يكن له ذلك والخيار فيه الى صاحب الارض أو ورثته ان كان ميتا ان شاؤا قلعوا ذلك وكان بينهم وان شاؤا أعطوا المزارع أو ورثته نصف قيمة ذلك لان الاشجار مشتركة بينهما وهى فى أرض صاحب الارض فيكون بمنزلة البناء المشترك بينهما فى أرض أحدهما والخيار فى التملك بالقيمة الى صاحب الارض دون الآخر لان البناء والشجر تبع للارض حتى يدخل فى البيع من غير ذكر بمنزلة الصبغ فى الثوب ولو اتصل صبغ انسان بثوب غيره كان الخيار فى التملك الى صاحب الثوب لا الى صاحب الصبغ وهذا لان الآخر لا يمكنه أن يتملك الارض عليه لان الارض أصل فلا تصير تبعا لما هو تبع له وهو الشجر ولا فى أن يتملك نصيبه من الاشجار لانه لا يستحق حق قرار الاشجار بهذه الارض ولكن يؤمر بالقلع وصاحب الارض ان تملك عليه نصيبه من الاشجار كان ذلك مفيدا له لانه يستحق حق قرار جميع هذه الاشجار فى أرضه فلهذا كان الخيار لصاحب الارض وكذلك لو كانا حيين فلحق رب الارض دين ولا وفاء عنده الا من ثمن الارض ولا ثمر فى الشجر فان القاضى ينقض الاجارة ويجبر رب الارض فان شاء غرم نصف قيمة الشجر والنخل والكرم وان شاء قلعه لان سبب الدين الفادح بقدر ابقاء العقد بينهما فينقض القاضى الاجارة ليبيع الارض فى الدين ويكون ذلك بمنزلة انتقاض الاجارة بموت أحدهما وكذلك لو انقضت المدة لان العقد قد ارتفع بانقضاء المدة وبقيت الاشجار مشتركة بينهما فى أرض أحدهما ولو كان العامل أخذ الارض بدراهم مسماة لم يكن له فى هذه الوجوه خيار ولا لصاحب الارض ويقال له اقلع شجرك لان الاشجار من وجه تبع

للارض ومن وجه أصل ولهذا جاز بيع الاشجار بدون الارض فلا بد من اعتبار الشبهين فيقول اشبهه بالاصل من وجه لا يكون لصاحب الارض أن يتملك عليه بغير رضاه اذا لم يكن له شركة فى الاشجار بمنزلة صاحب السفل لا يتملك على صاحب العلو علوه بالقيمة بغير رضاه ولشبهه بالتبع من وجه كان له أن يتملك عليه نصيبه اذا كان شريكا له فى الاشجار وهذا لانه اذا كان شريكا له في الاشجار فله أن يمنع شريكه من قلع الاشجار لانه يبقى نصيبه من الاشجار فى أرض نفسه فلا يكون لاحد أن يبطل هذا الحق عليه بالقلع بغير رضاه ولا يتمكن من قلع نصيب نفسه خاصة لان ذلك لا يكون الا بعد القسمة ولا تتحقق القسمة بينهما مالم تقلع الاشجار فاما اذا كانت الاشجار كلها لاحدهما والارض للآخر فصاحب الاشجار متمكن من قلع أشجاره على وجه لا يكون فيه ضرر على صاحب الارض فلهذا لا يكون لصاحب الارض أن يتملك عليه الاشجار بقيمتها بغير رضاه الا أن يكون قلع ذلك يضر بالارض اضرارا شديدا ويكون استهلاكا وفسادا فحينئذ يكون للمؤاجر أن يغرم للمستأجر لان صاحب الاشجار ليس له أن يلحق الضرر الفاحش بصاحب الارض واذا كان فى القلع ضرر فاحش تعذر القلع واحتبست الاشجار فى ملك صاحب الارض فتحبس بالقيمة بمنزلة من غصب ساحة وأدخلها فى بنائه فانه يضمن القيمة وليس لصاحب الساحة أن يأخذ الساحة لما فيه من الاضرار بصاحب البناء ولو دفع الى رجل أرضا مزارعة سنته هذه يزرعها ببذره وعمله على أن الخارج بينهما نصفان فكربها العامل وبناها وحفر أنهارها ثم استحقها رجل أخذها ولا شئ للمزارع على الذى دفعها اليه من نفقته وعمله لانه لم يزد فيها شيأ من عنده انما أقام العمل وقد بينا ان المنفعة انما تتقوم بالتسمية والمسمى بمقابلة عمله بعض الخارج وذلك لا يحصل قبل الزراعة ولان المزارعة شركة فى الخارج وابتداؤها من وقت القاء البذر فى الارض فهذه أعمال تسبق العقد فلا يستوجب بسببها شيئا على الدافع ولو استحقها بعد مازرعها قبل أن يستحصد فانه يأخذ الارض ويأمر المزارع وصاحب الارض أن يقلعا الزرع لانه تبين أن الارض كانت مغصوبة والغاصب لا يكون فى الزراعة محقا فلا يستحق ابقاء زرعه ثم المزارع بالخيار ان شاء أخذ نصف الزرع على حاله ويكون النصف للآخر الذى دفع اليه الارض مزارعة وان شاء ضمن الذى دفع الارض مزارعة نصف قيمة الزرع نابتا فى الارض وتسلم الزرع كله لانه مغرور من جهته حين أعطاه الارض على أنها

ملكه والذى جرى بينهما عقد معاوضة فيثبت الغرور بسببه وقد استحق ابقاء نصيبه من الزرع الى وقت الادراك فاذا فات عليه ذلك كان له أن يرجع عليه بقيمة حصته من الزرع نابتا فى الارض كالمشترى للارض اذا زرعها ثم استحقت وقلع زرعه وان أخذ نصف الزرع كان النصف الآخر للذى دفع اليه الارض لان الاستحقاق بعقده وهو الذى عقد وقد بينا أن الغاصب اذا أجر الدار أو الارض فالاجر له فكذا هنا يكون نصف الزرع للدافع دون المستحق ثم المستحق فى قول أبى حنيفة يضمن نقصان الارض للزارع خاصه ويرجع به على الذى دفع اليه الارض وهو قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو قول محمد المستحق بالخيار انشاء ضمن نقصان الارض الدافع وان شاء الزارع ثم يرجع المزارع به على الدافع وهو بناء على مسئلة غصب العقار فان العقار يضمن بالاتلاف بالاتفاق وفى الغصب خلاف فالدافع غاصب والمزارع فى مقدار النقصان متلف لان ذلك حصل بمباشرته المزارعة فعند أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر الضمان للمستحق على المتلف دون الغاصب وعند محمد له الخيار ثم المزارع اذا ضمن يرجع بما ضمن على الدافع لانه كان مغرورا من جهته فانه ضمن له بعقد المعاوضة سلامة منفعة الارض بعمل الزراعة له ولم يسلم فيرجع عليه بسبب الغرور كالمغرور فى جارية اشتراها واستولدها يرجع بقيمة الولد الذى ضمن على البائع ولو كان العامل غرسها نخلا وكرما وشجرا وقد كان أذن له الدافع فى ذلك فلما بلغ وأثمر استحقها رجل فانه يأخذ أرضه ويقلع من النخل والكرم والشجر مافيها ويضمنان للمستحق نقصان القلع اذا قلعا ذلك بالاتفاق لان النقصان انما يتمكن بالقلع بمباشرتهما القلع فكان ضمانه عليهما ويضمن الغارس له أيضا نقصان الارض فى قول أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف الآخر ويرجع العامل بما ضمن من نقصان القلع والغرس على الدافع وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله للمستحق أن يضمن الدافع جميع ذلك النقصان وهو بناء على مابينا فان فى النقصان بالغرس الغارس هو المباشر للاتلاف والدافع غاصب فى ذلك وعند محمد الغاصب ضامن كالمتلف وعند أبى حنيفة وأبى يوسف ضمان ذلك للمستحق على المتلف دون الغاصب ثم الغارس يرجع على الدافع لاجل الغرور الذى تمكن فى عقد المعاوضة بينهما

باب البذر فى المعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما أخرج الله تعالى فى شئ منه فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صار بسرا أخضر مات صاحب الارض فقد انتقضت المعاملة بينهما فى القياس وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين لان صاحب الارض استأجر العامل ببعض الخارج ولو استأجره بدراهم انتقضت الاجارة بموت أحدهما أيهما مات فكذلك اذا استأجره ببعض الخارج ثم انتقاضها بموت أحدهما بمنزلة اتفاقهما على نقضها فى حياتهما ولو نقضاه والخارج بسر كان بينهما نصفين ولكنه استحسن فقال للعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم حتى يدرك الثمر وان كره ذلك الورثة لان فى انتقاض العقد بموت رب الارض اضرارا بالعامل وابطالا لما كان مستحقا له بعقد المعاملة وهو ترك الثمار فى الاشجار الى وقت الادراك وان انتقض العقد يكلف الجداد قبل الادراك وفيه ضرر عليه وكما يجوز نقض الاجارة لدفع الضرر يجوز ابقاؤها لدفع الضرر وكما يجوز أن ينعقد العقد ابتداء لدفع الضرر يجوز ابقاؤه لدفع الضرر بطريق الاولى وان قال العامل أنا آخذ نصف البسر له ذلك لان ابقاء العقد لدفع الضرر عنه فاذا رضي بالتزام الضرر انتقض العقد بموت رب الارض الا انه لا يملك الحاق الضرر بورثة رب الارض فيثبت الخيار للورثة فان شاؤا صرموا البسر فقسموه نصفين وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وصار البسر كله لهم وان شاؤا أنفقوا على البسر حتى يبلغ ويرجعوا بنصف نفقتهم فى حصة العامل من الثمر لتحقق المساواة بينهما فى ملك البسر واختصاص الورثة بملك النخل والارض واتصال الثمر بالنخل كاتصال النخل بالارض واتصال البناء بالارض وقد بينا أن هنالك عقد الشركة فى النخل والبناء يكون الخيار لصاحب الارض بين هذه الاشياء الثلاثة فهذا مثله ولو كان مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وان كرهه صاحب الارض لانهم قائمون مقامه وفى قيامهم على النخل تحصيل مقصود رب النخل وتوفير حقهم عليهم بترك نصيب مورثهم من الثمر فى النخل الى وقت الادراك كما صار مستحقا له فلا يكون لرب النخل أن يأبى ذلك عليهم وان قالت الورثة نحن نصرمه بسرا كان لصاحب الارض من الخيار مثل ما وصفنا لورثته فى الوجه الاول ولو ماتا جميعا كان الخيار فى القيام عليه أو تركه الى

ورثة العامل لانهم يقومون مقام العامل وقد كان له فى حياته هذا الخيار بعد موت رب الارض فكذلك يكون لورثته بعد موته وليس هذا من باب توريث الخيار بل من باب خلافة الوارث المورث فيما هو حق مالي مستحق له وهو ترك الثمار على النخيل الى وقت الادراك فان أبوا أن يقوموا عليه كان الخيار الى ورثة صاحب الارض على ما وصفنا فى الوجه الاول ولو لم يمت واحد منهما ولكن انقضت مدة المعاملة والبسر أخضر فهذا والاول سواء والخيار فيه الى العامل فان شاء عمل على ما كان يعمل حتى يبلغ الثمر ويكون بينهما نصفين فان فى الامر بالجذاذ قبل الادراك اضرارا بهما والضرر مدفوع وقد تقدم نظيره فى الزرع الا أن هناك العامل اذا اختار الترك فعليه نصف أجر مثل الارض لان استئجار الارض صحيح فينعقد بينهما عقد الاجارة على نصف الارض الى وقت الادراك وهنا لا أجر على العامل لان استئجار النخيل لترك الثمار عليها الى وقت الادراك باطل (ألا ترى) أن من اشترى زرعا فى أرض ثم استأجر الارض مدة معلومة جاز ولو استأجرها الى وقت الادراك وجب أجر المثل ولو اشترى ثمارا على رؤس الاشجار ثم استأجر الاشجار الى وقت الادراك لايجب عليه أجر واذا ظهر الفرق ابتنى على الفرق الاخر وهو ان هناك العمل عليهما بحسب ملكهما فى الزرع لان رب الارض لما استوجب الاجر على العامل لايستوجب عليه العمل فى نصيبه بعد انتهاء المدة وهنا العمل على العامل فى الكل لانه لا يستوجب رب النخيل عليه أجرا بعد انقضاء المدة كما كان لايستوجب عليه ذلك قبل انقضاء المدة فيكون العمل كله على العامل الى وقت الادراك كما قبل انقضاء المدة وان أبى ذلك العامل خير رب النخيل بين الوجوه الثلاثة كما بينا ولو لم ينقض المعاملة ولكنه لحق رب النخل دين فادح لا وفاء عنده الا ببيع النخل وفى النخل بسرا وطلع لم يجبر على بيع النخل ويخرج من السجن حتى يبلغ الثمر وتنقضي المعاملة ثم يعاد فى السجن حتى يقضى الدين لما بينا أن فى البيع قبل الادراك ضررا بالعامل فى ابطال حقه وفى الترك اضرار بالغرماء فى تأخير حقهم وبمقابلة هذا الضرر منفعة لهم وهو ادراك نصيب غريمهم من الثمر ليباع فى دينهم فيكون مراعاة هذا الجانب أولى ولو مات أحدهما أو انقضت المدة أو لحق صاحب الارض دين فادح وقد سقى العامل النخل وقام عليه وحفظه الا أنه لم يخرج شيأ انقضت المعاملة ولم يكن له من منفعته شئ على الذي دفع اليه معاملة لان المعاملة شركة فى الخارج فاذا لم يحصل الخارج بعد لم تنعقد الشركة

بينهما فى شئ فاعتراض هذه العوارض قبل انعقاد الشركة كاعتراضها فى المزارعة قبل القاء
البذر فى الارض وقد بينا أن هنالك العقد ينتقض ولا شئ للعامل على رب الارض لان
تقوم منافعه بالمسمى ولم يحصل شئ منه فهذا مثله ولو كان الطلع قد خرج وهو اسم لاول
ما يبدو مما هو أصل التمر من النخل أو صار بسرا ثم استحقت الارض كان النخل وما
فيه للمستحق لان النخل تبع للارض كالبناء وكما ان باستحقاق الارض يستحق البناء
فكذلك يستحق النخل والتمر زيادة متولدة من النخل والاستحقاق بحجة البينة يثبت فى
الزيادة المتصلة والمنفصلة جميعا اذا كانت متولدة ثم يرجع العامل على الذى دفع اليه النخل
معاملة باجر مثله فيما عمل لانه كان استأجره بنصف الخارج وقد حصل الخارج ثم لم يسلم
له بالاستحقاق فيفسد العقد ويبقى عمله مستوفى بعمل فاسد فيستوجب أجر المثل كما لو
استأجره للعمل بشئ بعينه فاستحق بعد ما أقام العمل ولو دفع الى رجل زرعا له فى أرض
قد صار بقلا معاملة على أن يقوم عليه ويسقيه حتى يستحصد فما خرج منها فهو بينهما نصفان
فهو جائز بالقياس على دفع النخيل معاملة لان الحب يتولد من النبات بعمل العامل كالتمر
من النخيل ولان الريع يحصل بعمله هنا فهو بمنزلة دفع الارض والبذر مزارعة بل هذا
أقرب الى الجواز من ذلك لانه أبعد من الغرر فهناك لايدرى أيكون الزرع أولا وهنا
الزرع نابت فالظاهر أن يحصل الريع بعمله الا أن يصيبه آفة واذا جاز العقد ثمة فهنا أولى
فاذا قام عليه حتى انعقد حبه ولم يستحصد حتى مات أحدهما فالعامل أو ورثته بالخيار ان شاء
مضى على العمل حتى يستحصد فيكون الخارج بينهما على الشرط وان شاء نقض المعاملة
لان العامل استحق بتربية نصيبه من الزرع الى وقت الادراك ووارثه يخلفه فى ذلك وان
اختار نقض المعاملة فله ذلك لان ابقاء العقد بعد موت أحدهما كان لدفع الضرر عنه ثم
يخير صاحب الزرع أو وارثه بين القلع وبين اعطاء قيمة نصيب العامل يومئذ وبين الانفاق
على الزرع حتى يستحصد ثم يرجع بنصف نفقته من حصة العامل لانه شريك فى التبع
وهو مختص بتلك الاصل وكذلك لو ماتا جميعا ولو لم يمت واحد منهما وكان دفعه اليه أشهرا
معلومة فانقضت قبل أن يستحصد الزرع فالزرع بينهما والنفقة عليهما وعلى العامل أجر
مثل نصف الارض وقد بينا هذا فى المزارعة والفرق بينه وبين المعاملة فى الاشجار أن المعاملة
فى الفصل هذا على قياس المزارعة فان قال العامل أريد قلعه خير صاحب الارض بين

الاشياء الثلاثة كما وصفنا فى المزارعة والمعاملة فى النخيل وان أراد صاحب الارض قلعه وقال العامل أنا أنفق عليه قال القاضى له أنفق عليه حتى يستحصد وعليك أجر مثل نصف الارض فاذا استحصدت أخذت نصف النفقة من حصته لانه مما يختار من الانفاق بقصد دفع الضرر عن نفسه وعن صاحب الارض فصاحب الارض اذا أبى ذلك عليه كان متعنتا فلا يلتفت القاضى الى تعنته ولو لم تنقض المدة حتى استحصد الزرع ثم استحق رجل الارض بزرعها أخذها كلها ورجع العامل على الدافع باجر مثله فيما عمل لانه كان استأجره ببعض الخارج وقد حصل الخارج ثم لم يسلم له حين استحق فرجع عليه باجر مثله واذا دفع الى رجل نخلا فيه طلع كفرى على أن يقوم عليه ويلقحه ويسقيه فما خرج فهو بينهما نصفان ولم يضرب له وقتا أو بين له وقتا معلوما فهو جائز لان بعد خروج الطلع لادراك الثمار نهاية معلومة بطريق العادة والمعلوم بالعادة كالمشروط بالنص فلا يضرهما ترك التوقيت ثم الثمر هنا يحصل أو يزداد بعمل العامل فباعتباره تجوز المعاملة بينهما كما تجوز المعاملة قبل خروج الطلع فان قام عليه حتى صار بسرا ثم مات أحدهما أو كلاهما وانقضى وقت المعاملة فالخيار فى العمل الى العامل أو وارثه وان أبى أن يعمل خير صاحب النخل بين احدى الوجوه الثلاثة ولم يفرق هنا فى الجواب بين الموت وبين انقضاء الوقت لان الثمر خارج عند المعاملة والشركة بينهما تحصل عقيب العقد ولا يستوجب رب النخل الاجر على العامل عند انقضاء المدة كما لا يستوجب عند موت أحدهما فى المدة والعمل كله على العامل اذا اختار الترك الى وقت الادراك فى الفصلين جميعا ولو لم يكن شئ من ذلك ولكن استحق الارض والنخل كان على الدافع أجر مثل العامل لانه استأجره للعمل ببعض ما يحصل بعمله وقد حصل ثم استحق فيستوجب عليه أجر المثل ولو استحقه المستحق بعد ماسقاه العامل وقام عليه وأنفق الا أنه لم يزدد شيأ حتى أخذه المستحق لم يكن للعامل على الدافع شئ لان أجر عمله نصف ما يحصل بعمله من زيادة أو أصل ثمرة ولم يوجد ذلك فان قيل فاين ذهب قولكم ان الشركة تحصل هنا عقيب العقد قلنا نعم ولكن فيما يحصل بعمله على أن يكون ماهو حاصل قبل عمله تابع له فاما أن يستحق الشركة فيما هو حاصل قبل عمله مقصودا فلا لان جواز هذا العقد بينهما بالقياس على المعاملة فى النخيل ولو شرطا هناك الشركة فى النخيل الحاصل والثمر الذى لم يحصل لم يجز العقد فعرفنا أن المقصود هنا الشركه فيما يحصل من الزيادة بعمله فاذا لم

يحصل شئ من ذلك حتى استحقه المستحق لم يستوجب عليه شيأ من الاجر لانه لم يستحق شيأ مما صار مستحقا للعامل بعمله ولو لم يستحق ومات أحدهما انتقضت المعاملة لانه لم يحصل بعمله شئ فهو نظير موت رب النخيل فى المعاملة قبل خروج الثمار ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ فكان الكفرى كله لصاحب النخيل كما كان قبل العقد والله أعلم

باب مايجوز لاحد المزارعين أن يستثنيه لنفسه ومالا يجوز

(قال رحمه الله) واذا اشترطا فى المزارعة والبذر من أحدهما أن للزارع ماأخرجت ناحية من الارض معروفة ولرب الارض ماأخرجت ناحية منها أخرى معروفة فهو فاسد لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى الريع مع حصوله لجواز أن يحصل الريع فى الناحية المشروطة لاحدهما دون الآخر لان صاحب الارض شرط على العامل العمل فى ناحية من الارض له على أن يكون له بمقابلته منفعة ناحية أخرى والخارج من ناحية أخرى فيكون هـذا بمنزلة مالو شرط ذلك فى أرضين وفى الارضين اذا شرط أن يزرع أحـدهما ببذره على أن له أن يزرع الاخرى ببـذره لنفسه كان العقد فاسدا فهذا مثله ثم الزرع كله لصاحب البذر وقد بينا هذا الحكم فى المزارعة الفاسدة وكذلك لو اشترطا أن ماخرج من زرع على السواقى فهو للمزارع وما خرج من ذلك في الانوار والاواعي فهو لرب الارض فالعقد فاسد لما قلنا وكذلك لو اشترطا التبن لاحدهما والحب للآخر كان العقد فاسدا لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله فمن الجائز أن يحصل التبن دون الحب بان يصيب الزرع آفة قبل انعقاد الحب وكل شرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله كان مفسدا للعقد ثم الكلام فى التبن فى مواضع أحدها انهما اذا شرطا المناصفة بينهما فى الزرع أو الريع أو الخارج مطلقا فالحب والتبن كله بينهما نصفان لان ذلك كله حاصل بعمل الزارع والثانى أن يشترطا المناصفة بينهما فى التبن والحب لاحدهما بعينه فهذا العقد فاسد لان المقصود هو الحب دون التبن فهذا شرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فيما هو المقصود والثالث أن يشترطا المناصفة فى الحب ولم يتعرضا للتبن بشئ فهذا مزارعة صحيحة والحب بينهما نصفان لاشتراطهما الشركة فيما هو المقصود والتبن لصاحب البذر منهما لان استحقاقه ليس بالشرط وانما استحقاق الأجر بالشرط فانما يستحق

الأجر بالشرط والسكوت عنه يكون لصاحب البذر وبعض أئمة بلخ رحمهم الله قالوا فى هذا الفصل التبن بينهما نصفان أيضا لان فيما لم يتعرضا له يعتبر العرف والعرف الظاهر المناصفة بينهما فى التبن والحب جميعا ولان التبن فى معنى التبع للحب واشتراط المناصفة فى المقصود بمنزلة اشتراطه فى التبع مالم يفصل عنه بشرط آخر فيه مقصود والرابع أن يشترطا المناصفة بينهما فى الحب والتبن لاحدهما بعينه فان شرطا التبن لصاحب البذر فهو جائز لانهما لو سكتا عن ذكره كان لصاحب البذر فاذا نصا عليه فانما صرحا بما هو موجب للعقد فلا يتغير به وصف العقد وان شرطا التبن للآخر لم يجز لان الآخر انما يستحق بالشرط فلو صححنا هذا العقد أدى الي أن يستحق أحدهما شيأ من الخارج بالشرط دون صاحبه بان يحصل التبن دون الحب بخلاف الاول فاستحقاق رب البذر ليس بالشرط بل لانه نماء بذره ثم التبن للحب قياس النخل للتمر ويجوز أن يكون النخل لصاحبه لا بشرط المزارعة والتمر بينهما نصفان ولكن لا يجوز أن يكون النخل للعامل بالشرط فى المعاملة والتمر بينهما نصفان فكذلك في المزارعة ولو سميا لاحدهما أقفزة معلومة فسد العقد لان هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله بان يكون الخارج الاقفزة المعلومة لاحدهما بعينه من غير زيادة ولو دفع اليه أرضا عشرين سنة على أن يزرعها ويغرسها مابدا له على أن ما أخرج الله تعالى من ذلك فهو بينهما نصفان فهو جائز لان إثالة للاشجار بمنزلة البذر للخارج واشتراط ذلك على العامل فى المزارعة صحيح فكذلك اشتراط الغرس على العامل بعد أن تكون المدة معلومة وما زرع وغرس بينهما نصفان حبه وتبنه وثمره ورطبه وأصول الرطب وعنبه وكرمه وأصول الكرم وحطبه وعيدانه لان هذا كله حاصل بعمله وبقوة أرض صاحبه فان المغروس تتبدل بالعلوق (ألا ترى) أن من غصب ثالة فغرسها كان الشجر له بمنزلة مالو غصب بذرا فزرعه فان كان الكل حاصلا بعمله وقد اشترطا المناصفة فى جميعه كان الكل بينهما نصفين ولو اشترطا أن التمر بينهما جاز والتمر بينهما على مااشترطا فأما الشجر والكرم وأصول الرطبة فهو للغارس يقلعه اذا انقضت المعاملة وهو نظير ماينا اذا شرط المناصفة فى الحب أن التبن كله لصاحب البذر فهذا أيضا التمر بينهما نصفان كما شرطا والشجر وأصول الرطبة كله للغارس لان استحقاقه باعتبار ملك الاصل لا بالشرط ويقلعه انقضت المعاملة لأن عليه تسليم الارض الى صاحبها فارغة ولا يتمكن من ذلك الا بقلع

الاشجار وكذلك لو كان شرطا ذلك للغارس وان كانا شرطاه لرب الارض كانت المعاملة فاسدة كما بينا فى التبن لان استحقاق رب الارض بالشرط فلو جوزنا هذا الشرط أدى الى أن يثبت له استحقاق الخارج قبل أن يثبت لصاحبه بالشروط وربما لا يثبت لصاحبه بان لاتحصل الثمار ولو كان الغرس والبذر من قبل صاحب الارض كان جائزا فى جميع هذه الوجوه الا أن يشترط الشجر والكرم وأصول الرطبة للعامل فحينئذ تفسد المعاملة لان استحقاق العامل هنا بالشرط فلا يجوز أن يسبق استحقاق صاحب الارض فى الخارج وان شرطا الثمر لاحدهما بعينه والشجر بينهما نصفان لم يجز لان المقصود بالمعاملة الشركة فى الثمار فهذا شرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فيما هو المقصود فيفسد به العقد كما لو شرطا فى المزارعة الحب لاحدهما بعينه والتبن بينهما نصفين وقد بينا هذا وان اشترطا فى المزارعة ان ماخرج منها من حنطة فهو بينهما نصفان وماخرج من شعير فهو لصاحب البذر كله يستوفيه فيأخذه فهذه مزارعة فاسدة وكذلك لو شرطا الشعير الذى سرق منها للذى ليس من قبله البذر فهو فاسد والمراد من هذا انه قد يكون فى الحنطة حبات شعير فتقلع وذلك اذا اشتد حبه قبل أن تدرك الحنطة وتجف فاذا شرطا ذلك لاحدهما بعينه فسد العقد لان الحنطة والشعير كل واحد منهما ربع مقصود فهذا الشرط يؤدي الى قطع الشركة فى ربع مقصود وذلك مفسد للعقد ومن الجائز أن يحصل الشعير ويصيب الحنطة آفة فيختص به أحدهما وذلك ينفى صحة المزارعة بينهما ولو دفع زرعا فى أرض قد صار بقلا مزارعة واشترطا أن الحب بينهما نصفان والتبن لصاحب الارض أو سكتا عنه فهو جائز والتبن لصاحب الارض ولو شرطا التبن للعامل فهو فاسد لان دفع الزرع الذي صار بقلا مزارعة كدفع الارض والبذر مزارعة وقد بينا هذا الحكم فيما اذا دفع الارض والبذر مزارعة فكذلك اذا دفع القصل مزارعة والله أعلم

﴿ باب عقد المزارعة على شرطين ﴾

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا يزرعها سنته هذه ببذره وعمله على انه ان زرعها فى أول يوم من جمادى الاولى فالخارج بينهما نصفان وان زرعها فى أول يوم من جمادي الآخرة فالثلثان من الخارج لرب الارض والثلث للمزارع فالشرط الاول جائز والثاني

فاسد فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من أجاز المزارعة وفى قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله الشرطان جائزان وهذه المسئلة تنبنى على ماينافي فى الاجارات اذا دفع ثوبا الى خياط فقال ان خطته اليوم فلك درهم وان خطته غدا فلك نصف درهم ووجه البناء عليه ان صاحب الارض مؤاجر أرضه من صاحب البذر وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو مستأجر للعامل وقد شرط عليه اقامة العمل فى أحد الوقتين وسمى بمقابلة العمل فى كل وقت بدلا مخالفا للبدل الآخر فيكون بمنزلة الخياطة فى اليوم وفى الغد عند أبى حنيفة رحمة الله الشرط الاول صحيح والثانى فاسدا ما لانه علقه بالاول أو لانه اجتمع سببان فى الوقت الثانى فان زرعها فى جمادى الاولى فالخارج بينهما نصفان وان زرعها فى جمادى الآخرة فالخارج كله لصاحب البذر وعليه أجر مثل الارض ان كان البذر من قبل العامل وأجر مثل العامل ان كان البذر من قبل صاحب الارض وعندهما الشرطان جميعا جائزان فان زرعها فى جمادى الآخرة فالخارج بينهما أثلاثا ولو قال على ان مازرع من هذه الارض فى يوم كذا فالخارج منه بينهما نصفان وما زرع منها فى يوم كذا فللمزارع ثلث الخارج ولرب الارض ثلثاه فهذا فاسد كله لانه أجرها على شئ غير معروف فان مقدار مايزرع منها فى الوقت الاول على شرط النصف غير معلوم وكذلك مقدار مايزرع فى الوقت الثانى على شرط الثلث غير معلوم فيفسد العقد كله للجهالة كما لو دفع ثوبه الى خياط على ان ما خاط منه اليوم فبحساب درهم وما خاط منه غدا فبحساب نصف درهم كان فاسدا كله ولو كان فى المسئلة الاولى زرع نصفها في أول يوم من جمادى الاولى ونصفها في أول يوم من جمادي الآخرة فما زرع فى الوقت الاول فهو بينهما على مااشترطا وما زرع فى الوقت فهو لصاحب البذر فى القول الاول وفى القول الثانى كل واحد منهما على ما اشترطا لان الشرط الاول فى المسئلة الاولى كان صحيحا فى القول الاول وفى القول الثانى الشرطان صحيحان فزراعة البعض معتبرة بزراعة الكل اذ ليس فى هذا التبعيض اضرار باحد وهو نظير مسئلة الخياطة اذا خاط نصف الثوب اليوم ونصفه غدا فله فيما خاطه اليوم نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل وفيما خاطه غدا ربع درهم فى قول أبى يوسف ومحمد وفى قول أبى حنيفة أجر مثله لا ينقص عن ربع درهم ولا يزاد على نصف درهم اعتبارا للبعض بالكل بخلاف قوله على ان مازرع منها لان هناك صرح بالتبعيض والبعض الذى تناوله كل شرط مجهول فى نفسه فكان العقد

فاسدا وهنا أضاف كل شرط الى جملة وهى معلومة والتبعيض عند اقامة العمل ولا جهالة فى ذلك أيضا ولو قال على أنه ان زرعها بدالية أو سانية فالثلثان للمزارع والثلث لرب الارض وان زرعها بماء سيح أو سقت السماء فالخارج بينهما نصفان فهو جائز على ما اشترطا وهذا بناء على قول أبى حنيفة الآخر فاما على قياس قوله الاول وهو قول زفر رحمه الله فيفسد الشرطان جميعا لانه ذكر نوعين من العمل وجعل بمقابلة كل واحد منهما جزأ من الخارج معلوما فهو بمنزلة مالو دفع ثوبا الى خياط على أنه ان خاطه خياطة رومية فأجره درهم وان خاطه خياطة فارسية فأجره نصف درهم وقد بينا هذا فى الاجارات ولو قال على ان مازرع منها بدلو فللعامل ثلثاه ولرب الارض ثلثه واذزرع منها بماء سيح فللعامل نصفه فهذه مزارعة فاسدة لجهالة كل واحد من العملين فانه صرح بالتبعيض وشرط أن يزرع بعضها بدلو على ان له ثلثى الخارج وذلك البعض مجهول وكذلك فيما شرط الزراعة بماء السيح وهو بمنزلة رجل دفع الى خياط خمسة أثواب يقطعها قمصا على أن ماخاط منها روميا فله درهم فى كل ثوب وما خاط منها فارسيا فله نصف درهم فى كل ثوب وهناك يفسد العقد كله للجهالة فهذا قياسه ولو دفع اليه أرضا يزرعها خمس سنين مابداله على أن ما خرج منها من شئ فى السنة الاولى فهو بينهما نصفان وفى السنة الثانية لرب الارض الثلث وللمزارع الثلثان وسميا لكل سنة شيأ معلوما فهو جائز من أيهما شرط البذر لان هذه عقود مختلفة بعضها معطوف على البعض ففى السنة الاولى عقد اجارة مطلق وفى السنة الثانية مضاف الى وقت والاجارة تحتمل الاضافة الى وقت فى المستقبل فيجعل فى حق كل عقد من هذه العقود كانهما أفردا ذلك العقد بخلاف الاول والعقد هناك واحد باتحاد المدة وانما التغاير فى شرط البدل ثم جواز المزارعة للحاجة وهما يحتاجان الى هذا لان الارض فى السنة الاولى يكون فيها من القوة مالا يحتاج الى زيادة عمل لتحصيل الريع وفى السنة الثانية يحتاج الى زيادة العمل لنقصان تمكن فى قوة الارض بالزراعة فى السنة الاولى فيشترط للمزارع زيادة فى السنة الثانية باعتبار زيادة عمله وكذلك لو اشترطا أن البذر فى السنة الاولى من قبل الزارع وفى السنة الثانية من قبل رب الارض وبينا نحو ذلك فى كل سنة فهو جائز لانهما عقدان مختلفان أحدهما معطوف على الآخر ففى السنة الاولى العامل مستأجر للارض بنصف الخارج وفى السنة الثانية رب الارض مستأجر للعامل بنصف الخارج وكل واحد من العقدين صحيح عند الانفراد فكذلك عند الجمع بينهما وهو بمنزلة رجل دفع عبده

الى حائك يقوم عليه فى تعليم الحياكة خمسة أشهر على أن يعطيه فى كل شهر خمسة دراهم وعلى أن يعطيه الحائك فى خمسة أشهر أخرى فى كل شهر عشرة دراهم فهو جائز على ما اشترطا للمعنى الذى بينا ولو دفع اليه أرضه ثلاث سنين على أن يزرعها فى السنة الاولى بذره ما بدا له على أن الخارج بينهما نصفان وعلى أن يزرعها فى السنة الثانية ببذره وعمله على أن الخارج له وعليه أجر مائة درهم لرب الارض وعلى أن يزرعها فى الثالثة ببذر رب الارض على أن الخارج لرب الارض وللمزارع أجر مائة درهم فهذا جائز كله لان العقد بينهما فى السنة الاولى مزارعة صحيحة بنصف الخارج سواء كان البذر من قبل رب الارض أو من قبل العامل وفى السنة الثانية العامل استأجر الارض باجرة معلومة لمنفعة معلومة وفى السنة الثالثة رب الارض استأجر العامل ببدل معلوم لعمل معلوم وكل عقد من هذه العقود صحيح عند الانفراد فكذلك عند الجمع لان الاضافة الى وقت فى المستقبل لا تمنع صحة الاجارة وإذا دفع الى رجل أرضا على أن يزرعها أرزا أو قال رزا كل ذلك لغة عشر سنين ويغرسها نوى ببذره وعمله وعلى أن يحول ذلك من موضعه الى موضع آخر من الارض ويسقيه ويقوم عليه على أن ما خرج منه فهو بينهما نصفان فهذا جائز سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض لان العقد بينهما مزارعة بشرائطها وانما فى هذا العقد زيادة شرط الحوالة على العامل وهو من عمل الزراعة به يزكو الريع فيكون بمنزلة اشتراط عمل الكراب والسقى عليه ثم الحوالة تكون فى بعض الاشياء الذى تزرع كالباذنجان والارز والاشجار وذلك معلوم عند أهل الصنعة وربما يحتاج اليه فى البعض دون البعض فلا يشترط اعلام ما يحوله بعينه اما لانه معلوم بالعادة أو لان فى اشتراط اعلام ذلك بعض الحرج والحرج مدفوع ولو دفع اليه أرضين على أن يزرع هذه أرزا أو هذه أرزا ببذره وعلى أن يحول ما يزرع فى هذه فى هذه الاخرى وما يزرع فى هذه فى هذه الاخرى ويسقيه ويقوم عليه فما خرج فهو بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لوجهين أحدهما أنه اشترط عليه العمل فى أرضين فى احداهما بالزراعة وفى الاخرى بالحوالة على أن تكون الشركة بينهما فى الخارج من احداهما وذلك مفسد للعقد والثانى أنه شرط عليه شرطا لا يمكنه الوفاء به وهو تحويل جميع ما ينبت فى كل واحدة من الارضين الى الارض الاخرى وربما لا يتمكن من ذلك بأن لا تتسع له الارض الاخرى * يوضحه أنه لا يحول جميع ما يزرع فى هذه الارض الى الارض الاخرى

الا بعد أن يقلعه من الارض التى زرع فيها وعقد المزارعة فى كل واحد من الارضين معقود على حدة فبالقلع ينتهى ويصير كأنه شرط عليه فى كل عقد عملا بعد انتهاء عقد المزارعة وذلك مفسد للعقد بخلاف الارض الواحدة فالعقد فيها واحد ولا ينتهى بتحويل بعض ما نبت فيها من موضع الى موضع منها وكذلك فى الارضين لو شرطا الزرع فى احداهما والتحويل الى الاخرى والغرس فى احداهما والتحويل الى الاخرى أو كانت أرضا واحدة وشرطا أن يزرع أو يغرس ناحية منها معلومة على أن يحول ذلك فى ناحية منها أخرى معلومة فهذا فاسد لانه اذا ميز احدى الناحيتين من الاخرى كانتا فى معنى أرضين وكذلك هذا الجواب فى كل ما يحول كالزعفران ونحوه واذا دفع الى رجل أرضه سنته هذه على أن يزرعها ببذره قرطما فما خرج منها من عصفر فهو للمزارع وما خرج من قرطم فهو لرب الارض أو على عكس ذلك فالعقد فاسد سواء كان البذر من قبل رب الارض أو من قبل المزارع لان القرطم والعصفر كل واحد منهما ريع مقصود فى هذه الزراعة فاشتراط أحد الجنسين لكل واحد منهما بعينه شرط يفوت المقصود بالمزارعة وهو الشركة بينهما فى الريع وربما يؤدي الى قطع الشركة بينهما فى الريع مع حصوله بأن يحصل أحدهما دون الآخر وقد يجوز أن يحصل العصفر ثم تصيبه آفة فلا يحصل القرطم ويكون ذلك للذى شرط له العصفر فهو بمنزلة ما لو دفع اليه أرضا ليزرعها حنطة وشعيرا على أن الحنطة لاحدهما بعينه والشعير للآخر بعينه وكذلك هذا فى كل شئ له نوعان من الريع كل واحد منهما مقصود كبزر الكتان اذا شرط لاحدهما بعينه الكتان وللآخر البزر والرطبة اذا شرطا لاحدهما بعينه بزر الرطبة وللآخر العشب فالعقد فاسد ولو شرطا القرطم لاحدهما بعينه والعصفر بينهما نصفان أو العصفر لاحدهما بعينه والقرطم بينهما نصفان لم يجز ذلك من أيهما كان البذر لان كل واحد منهما ريع مقصود ولا يجوز فى المزارعة تخصيص أحدهما بشرط ريع مقصود له وكذلك هذا فى الكتان وبزره والرطبة وبزرها بخلاف مسئلة التبن فانه اذا شرط لصاحب البذر والحب بينهما نصفان كان جائزا لان التبن ليس بريع مقصود (ألا ترى) انه لا يشتغل بالزراعة لمقصود التبن خاصة بل المقصود هو الحب فاذا شرطا الشركة فيما هو المقصود جاز العقد ان شرطا تخصيص صاحب البذر بما ليس بمقصود فأما فى هذه المسائل فكل واحد من النوعين مقصود فاشتراط تخصيص أحدهما باحد النوعين يقطع الشركة بينهما فيما هو مقصود وذلك مفسد للعقد واشتراط بزر

البطيخ أو القثاء لاحدهما بمنزلة اشتراط التبن لان ذلك غير مقصود بل هو تبع للمقصود كالتين بخلاف بزر الرطبة فانه مقصود وربما بلغ قيمة القت أو يزيد عليه فهو بمنزلة العصفر والكتان على ما بينا والله أعلم

باب اشتراط عمل العبد والبقر من أحدهما

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا وبذرا على أن يزرعها هو وعبده هذا فما خرج فللمزارع ثلثه ولعبده ثلثه ولرب الارض ثلثه فهذا جائز وما خرج فللمزارع ثلثاه نصيبه ونصيب عبده لان العبد ليس من أهل الملك بل المولى يخلفه فى ملك ما يكون من كسبه فاشتراط الثلث لعبد المزارع يكون اشتراطا للمزارع واشتراط عمل عبد المزارع معه كاشتراط البقر عليه لان عمل الزراعة يتأتى له بالبقر وبمن يعينه على العمل ثم يجوز اشتراط العمل على المزارع اذا كان البذر من قبله أو لم يكن فكذلك اشتراط عمل عبده معه يجوز وكذلك لو لم يشترطا على العبد عملا ولكنه شرط لعبده ثلث الريع فالمشروط للعبد مشروط لمولاه فكأنه شرط الثلثين للمزارع وهو بمنزلة مالو شرط الثلث لبقره فذلك اشتراط منه لصاحب البقر وسواء شرط العمل بقره أولم يشترط ولو شرط الثلث لمكاتبه أو لمكاتب رب الارض فان اشترط عمله عليه فهو جائز وهو مزارع معه له ثلث الريع لان المكاتب أحق بمكاسبه وهو بمنزلة الحر بدا فهذا فى معنى دفع الارض والبذر مزارعة الى حرين على أن لكل واحد منهما ثلث الخارج وان لم يشترط عليه عملا فالمزارعة جائزة بين المزارع ورب الارض فاشتراط ثلث الخارج للمكاتب باطل لان المشروط للمكاتب لايكون مشروطا لمولاه فان المولى لا يملك كسب مكاتبه مابقيت الكتابة فالمشروط له كالمشروط لاجنبي آخر وبطلان هذا الشرط لانه ليس من جهته بذر ولا أرض ولا عمل والخارج لا يستحق الا باحد هذه الاشياء ولكن هذا الشرط وراء عقد المزارعة بين المزارع ورب الارض فلا يفسد به العقد بل يكون ثلث الريع للمزارع كما شرط له والثلثان لرب الارض لان رب الارض والبذر لا يستحق بالشرط والمزارع هو الذى يستحق بالشرط فما وراء المشروط له يكون لرب البذر ويجعل مابطل الشرط فيه كالمسكوت عنه وكذلك لو شرط الثلث لامرأته أو لابنه أو لابيه فهو بمنزلة الشرط لاجنبي آخر اذ شرط عليه العمل معه كان صحيحا وان لم يشترط

عليه العمل معه كان باطلا والمزارعة بين رب الارض والمزارع صحيحة بالثلث ولو كان البذر من العامل فهو على هذا القياس ما شرط لعبد العامل فهو للعامل سواء شرط عليه العمل أو لم يشترط والمزارعة جائزة وما شرط لمكاتبه أو لابنه أو لامرأته فهو كالمشروط لاجنبي آخر فان لم يشترط عليه أن يعمل معه فهذا الشرط باطل وذلك الثلث للعامل لانه نماء بذره وصاحب الارض يستحق بالشرط فلا يستحق الا ما شرط له ولو شرط عليه العمل وعمل معه فله أجر مثله على المزارع لان المزارع استأجر الارض بثلث الخارج ثم استأجر العامل بثلث الخارج ليعمل معه وقد بينا أن هذا العقد يفسد بينهما لانعدام التخلية حين شرط عمل صاحب البذر المستأجر للارض مع العامل الآخر ولكنهما عقدان مختلفان جرى بينه وبين شخصين مختلفين فبفساد أحدهما لا يفسد الآخر فيكون للعامل الآخر أجر مثله على المزارع لانه استوفى عمله بعقد فاسد ولصاحب الارض ثلث الخارج لانه شرط له ذلك بعقد صحيح وثلثا الزرع طيب للعامل لانه لا يتمكن خبث من جانب الارض حيث صح العقد بينه وبين رب الارض فيطيب له ثلثا الزرع وكذلك لو شرط عمل رب الارض فهو كاشتراط بقر رب الارض وذلك يفسد المزارعة بينهما وان كان على العبد دين فعبد رب الارض اذا كان مديونا بمنزلة مكاتبه لان كسبه حق غرمائه والمشروط له لا يكون مشروطا لمولاه وكذلك لو شرط عليه من العمل فالمشروط عليه لا يكون مشروطا على مولاه فيكون له أجر مثله والعقد صحيح بين العامل الذي من قبله البذر وبين رب الارض بثلث الخارج كما شرط لرب الارض ولو دفع اليه الارض على أن يزرعها ببذره وعمله على أن له ثلث الخارج ولرب الارض ثلثه وعلى أن يكربها ويعالجها ببقر فلان على أن لفلان ثلث الخارج فرضي فلان بذلك فعلى العامل أجر مثل البقر بثلث الخارج وقد بينا أن البقر لا يكون مقصودا فى المزارعة فكان العقد بينهما فاسدا وقد استوفى منفعة بقره فله أجر مثله عليه وثلث الخارج لرب الارض وثلثاه للعامل طيب لانه لا فساد فى العقد بينه وبين رب الارض واذا كان البذر من قبل رب الارض كان الثلثان له وعليه أجر مثل البقر لانه استأجر العامل بثلث الخارج وهو جائز واستئجار البقر مقصود بثلث الخارج وهو فاسد ولو كانا اشترطا عليه أن يعمل بنفسه مع بقره بالثلث حتى استحصد الزرع جاز وهما مزارعان جميعا لان عمل البقر هنا تبع لعمل صاحبه وقد بينا جواز اشتراط البقر على العامل فى عقد المزارعة ولا فرق بين أن يشترط ذلك على العاملين

أوعلى أحدهما كسائر الآلات اذا شرط على أحد العاملين فى الاجارة ولو كان البذر والبقر من واحد والارض من آخر والعمل من ثالث كان فاسدا لما فيه من دفع البذر والبقر مزارعة ودفع كل واحد منهما على الانفراد مقصودا يفسد عقد المزارعة فدفعهما أولى ثم الخارج كله لصاحب البذر وعليه للعامل أجر مثل عمله ولصاحب الارض أجر مثل أرضه يتصدق صاحب البذر بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بسبب فاسد ولو كان البذر من أحدهم والبقر من الآخر والارض والعمل من الآخر كان فاسدا أيضا وفيه حديث مجاهد رحمه الله كما بينا ولو دفع اليه أرضا يزرعها سنته هذه ببذره وبقره وعمله على أن يستأجر فيها أجراء من مال الزارع فهو جائز لان هذا شرط يقتضيه العقد فان العمل بمطلق العقد كله يصير مستحقا على الزارع وله أن يقيمها بنفسه وأعوانه وأجرائه وهو الذى يستأجرهم لذلك فيكون الاجر عليه فى ماله وان لم يذكر فالشرط لا يزيده الا وكادة ولو اشترطا أن يستأجر الاجراء من مال رب الارض فهذه مزارعة فاسدة لان الاجير الذى يستوجب الاجر من مال رب الارض يكون أجيرا له فانه انما يستوجب الاجر عليه اذا كان عاملا له واشتراط عمل أجير رب الارض كاشتراط عمل رب الارض مع الزارع وذلك مفسد للمزارعة وكذلك لو شرطا أن يستأجرا الاجراء من مال الزارع على أن يرجع به فيما أخرجت الارض ثم يقتسمان مابقى نصفين فهذا فاسد لان القدر الذى شرطا فيه رجوع المزارع من الريع بمنزلة المشروط للمزارع فكانه شرط له أقفزة معلومة من الخارج والباقى بينهما نصفان وذلك مفسد للعقد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى الخارج مع حصوله وان كان البذر من قبل رب الارض فشترط على الزارع أجر الاجراء من ماله جاز لما بينا أن العمل كله مستحق عليه وهو متمكن من اقامتها بنفسه وأجرائه ولو شرط أجر الاجراء على رب الارض من ماله لم يجز وهو بمنزلة اشتراط عمل رب الارض والبذر مع المزارع وكذلك لو اشترطاه على الزارع على أن يرجع به فى الخارج فهو فاسد بمنزلة مالو شرطا له ذلك القدر من الخارج فيفسد به العقد ويكون الريع كله لصاحب البذر وللعامل أجر مثله فيما عمل وأجر مثل أجرائه فيما عملوا ولا يشبه هذا المضاربة فانه لو دفع الى رجل مالا مضاربة بالنصف على ان أجر الاجراء من المال كان جائزا لان ذلك شرط يقتضيه العقد فان أجر الاجراء بمنزلة نفقة المضارب اذا خرج للعمل فى مال المضاربة وذلك يكون فى المال بغير شرط فأجراء العمل فى مال المضاربة كذلك

فالشرط لا يزيده الا وكادة وهذا لان مقتضى المضاربة الشركة بينهما فى الربح خاصة والربح لا يظهر الا بعد أجر الاجراء كما لا يظهر الا بعد رفع رأس المال فهذا الشرط لا يغير مقتضى العقد فاما عقد المضاربة فمقتضاه الشركة فى جميع الربح فاشتراط أجر الاجراء من الربح أو على أن يرجع به العامل فى الربح بمنزلة اشتراط رفع صاحب البذر بذره من الريع وذلك مفسد للعقد ولو كانا اشترطا أن أجر الاجراء على المضارب في ماله وعلى رب المال فى ماله كان ذلك باطلا وتفسد المضاربة لانه يغير مقتضى العقد فان أجر الاجراء فى مال المضاربة فاذا شرط على أحدهما خاصة كان هذا شرطا مخالفا لموجب العقد فيفسد به العقد والله أعلم

باب التولية فى المزارعة والشركة

(قال رحمه الله) رجل دفع الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه على أن الخارج بينهما نصفان ولم يقل له اعمل فيه برأيك فله أن يستأجر فيه الاجراء بماله لانه التزم عمل الزراعة فى ذمته فان شاء أقامه بنفسه وان شاء باعوانه وأجرائه ولما استأجره رب الارض والبذر مطلقا لعمل الزراعة مع علمه أنه قد يعجز عن اقامة جميع الاعمال بنفسه وقد يبتلى بسوء أو مرض لا يمكنه اقامة العمل معه فقد صار راضيا باقامته العمل باعوانه وأجرائه وليس له أن يوليها أحدا فيدفعها اليه مع البذر يعملها على أن الخارج بينهما نصفان لانه يوجب للغير شركة فى الخارج من يد رب الارض فانما رضى رب الارض بشركته لا بشركة غيره ولانه لا يملك نصيبه قبل اقامة العمل فلا يتمكن من ايجابه لغيره بمطلق العقد ولا يتمكن من ايجاب نصيب رب الارض لغيره لان رب الارض لم يرض به وان فعل ذلك فعملها الرجل فالزرع بين الآخر والاوسط نصفان لان الاول صار غاصبا للارض والبذر بتولية العقد فيه الى الثانى وايجاب الشركة فى الخارج ومن غصب أرضا وبذرا ودفعهما مزارعة كان الخارج بين الغاصب والمزارع على شرطهما لا شئ منه لرب الارض ولرب الارض أن يضمن بذره أيهما شاء لان كل واحد منهما غاصب فتعدى فى حقه الثانى بالالقاء فى الارض لا على وجه رضى به رب الارض والاول بالدفع الى الثانى مع ايجاب الشركة فى الخارج منه وكذلك نقصان الارض فى قول محمد وفى قياس قول أبى يوسف الاول يضمن أيهما شاء فاما فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر فانما يضمن نقصان الارض الثانى خاصة لانه هو المتلف بعمله والعقار

يضمن بالاتلاف دون الغصب عندهما فان ضمن الثانى فله أن يرجع بما ضمن على الاول
لانه مغرور من جهته وان ضمن الاول لم يرجع على الثانى بشيء لانه ملك البذر بالضمان فانما
دفع بذره مزارعة وكذلك نقصان الارض عند محمد رحمه الله اذا ضمن الاول لم يرجع على
الثانى لانه لافائدة فيه فان الثانى يرجع على الاول بما يضمنه لاجل الغرور ولو قال له اعمل
فيه برأيك والمسئلة بحالها فالتولية جائزة ونصف الخارج للمزارع الآخر ونصفه لرب
الارض ولا شيء منه للمزارع الاول لانه فوض الامر الى رأيه على العموم والدفع الى الغير
مزارعة بالنصف من رأيه فيقوم هو مقام رب الارض والبذر ثم هو يقيم غيره مقام نفسه
فى ثبوت حق الشركة له فى الخارج بمقابلة عمله عند حصوله وقد رضى به صاحب الارض
حين أجاز صنعه على العموم فهو كالوكيل يوكل غيره فيما وكل به فيصح منه اذا قيل له اعمل
فيه برأيك وان ثبت أن الثانى قائم مقام الاول فانما يستحق النصف الذى كان يستحقه الاول
ولا يستحق شيأ من نصيب رب الارض لانه لم يرض بذلك فلهذا كان الخارج بين المزارع
الآخر وبين رب الارض نصفين ولو لم يقل له اعمل فيه برأيك فأشرك فيه رجلا ببذر
من قبل ذلك الرجل واشتركا على أن يعملا بالبذرين جميعا على أن الخارج بينهما نصفان فعملا
على هذا فجميع الخارج بينهما نصفان والمزارع الاول ضامن لبذر صاحب الارض لانه
مخالف له بالقائه فى الارض على وجه يثبت للغير شركة فى الخارج منه وان خلطه ببذر
الآخر فهو ضامن له بالخلط لانه اشتراك لم يرض به صاحب الارض والبذر ثم هو بالضمان
يملك بذر صاحب الارض فظهر أنهما زرعا ببذر بينهما نصفين فيكون الخارج بينهما نصفين
على قدر البذر وهما ضامنان نقصان الارض لانهما باشرا عمل الزراعة فكانا مباشرين
اتلاف الجزء الذى تمكن النقصان فى الارض بذهاب قوتها فعليهما ضمان ذلك ولا يرجع
الثانى على الاول بشيء من النقصان لان الثانى عامل لنفسه والاول كالمعير منه لنصف
الارض والمستعير لا يرجع بما يلحقه من الضمان على المعير ثم يأخذ كل واحد منهما من
نصيبه ما غرم وما أنفق ويتصدق بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بغير رضاه ولو كان
أمره أن يعمل فيها برأيه ويشارك فيها من أحب والمسئلة بحالها جاز ونصف الخارج للآخر
لانه نماء بذره ونصفه بين الاول ورب الارض نصفان لانه نماء بذر رب الارض والمزارع
موافق له فى عمل الزراعة فيه فالخارج بينهما على الشرط ولا شيء لرب الارض على واحد

منهما لان نصف الارض زرعه الاول ونصفه زرعه الثانى والاول كالمعير منه لذلك النصف
وقد رضى به رب الارض حين أمره أن يعمل فى ذلك برأيه وان يشارك من أحب ولو لم
يكن شاركه ولكنه دفع اليه البذر على أن يعمل فيه ويبذر مثله من عنده فى الارض على
أن الخارج بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لان المزارع الاول قائم فى الدفع مقام المالك
حين فوض الامر الى رأيه على العموم وقد بينا أن المالك اذا دفع البذر والارض الى رجل
على أن يزرعها مع مثل ذلك البذر من عنده على أن الخارج بينهما نصفان لم يجز لانه يجعل
منفعة نصف الارض له بازاء عمله لصاحب الارض فى النصف الآخر فهذا مثله ثم المزارع
الآخر له نصف الخارج لانه نماء بذره وعليه أجر نصف مثل نصف الارض لرب الارض
لانه استوفى منفعة نصف الارض بعقد فاسد والذى يلى قبضه منه المزارع الاول لانه وجب
بعقده ويكون نصف الزرع بين المزارع الاول ورب الارض على الشرط لانه نماء بذر رب
الارض والمزارع الاول لم يصر مخالفا له بالدفع الى الثانى بحكم عقد فاسد لان الامر مفوض
الى رأيه فانما يضمن بالخلاف لا بالفساد ويطيب لهما هذا النصف لانه لا فساد فى العقد الذى
جرى بينهما وقد صار هذا النصف من الزرع مربى فى أرض رب الارض فلا تمكن فيه
الخبث وأما المزارع الآخر فيأخذ مما أخرج بذره ونفقته وما غرم من الأجر ويتصدق بالفضل
لانه رباه فى أرض غيره بعقد فاسد ولو لم يكن رب الارض أمره أن يعمل فيه برأيه أو
يشارك فى المزارعة والمسئلة بحالها كان الخارج بين المزارع الاول والآخر نصفين لان الاول
صار ضامنا بذر رب الارض بالخلاف فالخارج نماء بذرهما بسبب عقد فاسد جرى بينهما
فيكون بينهما نصفين على قدر البذر وللمزارع الاول على الآخر أجر مثل نصف الارض
لانه استوفى منفعة نصف الارض بحكم عقد فاسد جرى بينهما والاول وان صار غاصبا
للارض ولكن وجوب أجر المثل باعتبار العقد وهو العاقد فيكون بمنزلة من غصب أرضا
وأجرها ويضمنها رب الارض نقصان الارض فى قول محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف
الاول لان الاول غاصب للارض والثانى متلف فى مقدار النقصان فيضمن أيهما شاء ويرجع
به الآخر على الاول اذا ضمن لانه مغرور من جهته والغرور تمكن بالعقد الفاسد كما تمكن
بالعقد الصحيح وظاهر مانقل فى الكتاب يدل على أنه يضمن كل واحد منهما نصف النقصان
أيهما شاء فاما فى قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله فان رب الارض

يضمن جميع النقصان المزارع الآخر لانه هو المتلف وضمان النقصان فى العقار يجب على المتلف دون الغاصب عنده ثم يرجع به المزارع الآخر على الاول بحكم الغرور ولو دفع الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه بالنصف ولم يقل له اعمل فيه برأيك فدفعها المزارع الى رجل آخر على أن يزرعها سنته هذه بذلك البذر على أن للآخر ثلث الخارج وللاول ثلثاه فعملها الثانى على هذا فالخارج بينهما أثلاث كما شرطاه فى العقد الذى جرى بينهما والمزارع الاول صار مخالفا باشراك الغير فى الخارج بغير رضا رب المال فلرب الارض أن يضمن بذره أيهما شاء وكذلك نقصان الارض فى قول محمد وأبى يوسف الاول فان ضمنها الآخر رجع على الاول بذلك كله وان ضمنها الاول لم يرجع على الآخر وفى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الآخر رحمهما الله انما يضمن نقصان الارض للاجر ويرجع هو على الاول ثم يأخذ الاول من نصيبه بذره الذى ضمن وما غرم ويتصدق بالفضل لتمكن الخبث فى تصرفه بخلافه ولا يتصدق الآخر بشئ قال لانه كان أجيرا بنصف الخارج وهو سهو والصحيح أن يقال لانه كان أجيرا بثلث الخارج ومعنى هذا التعليل أن العقد بين الاول والثانى صحيح وان كان الاول غاصبا مخالفا فالثانى انما استحق الاجر على عمله بعقد صحيح فلا يلزمه أن يتصدق بشئ بخلاف ما سبق فهناك الثانى انما استحق الخارج بكونه نماء بذره وقد رباه فى أرض غيره بغير رضا صاحب الارض ولو كان رب الارض قال له اعمل فيه برأيك والمسئلة بحالها كان ثلث الخارج للآخر ونصفه لرب الارض وسدسه للمزارع الاول لان الاول لم يصر مخالفا بالدفع الى الثانى ولكنه أوجب له ثلث الخارج بعقد صحيح فينصرف ذلك الى نصيبه خاصة وذلك ثلث نصيبه ورب الارض مستحق لنصف الخارج كما شرط لنفسه ويبقى ثلث نصيب المزارع الاول وذلك سدس جميع الخارج فيكون له بضمان العمل فى ذمته وان كان دفع اليه البذر والارض على أن يزرعها سنته هذه فما رزقه الله تعالى فى ذلك من شئ فهو بينهما نصفان وقال له اعمل فى ذلك برأيك فدفعها المزارع الى رجل بالنصف فهو جائز وللآخر نصف الخارج لان عقد المزارع الاول معه بعد تفويض الامر الى رأي الاول على العموم كعقد رب الارض فيستحق هو نصف الخارج والنصف الآخر بين الاول وبين رب الارض نصفين لان رب الارض ما شرط لنفسه هنا نصف جميع الخارج وانما شرط لنفسه نصف مارزقه الله تعالى للاول وذلك ماوراء نصيب الآخر فكان ذلك بينهما نصفان وفيما تقدم

انما شرط رب الارض لنفسه نصف جميع الخارج فلا ينتقض حقه بعقد الاول مع الثاني وكذلك لو قال على أن ماأخرج الله لك منها من شيء فهو بيننا نصفين أو قال ماأصبت من ذلك من شيء فهو بيننا نصفان فهذا وقوله وما رزقك الله سواء ولولم يقل له اعمل فيه برأيك والمسئلة بحالها كان الاول مخالفا ضامنا حين زرعها الآخر لما قلنا والخارج بينهما نصفان ولا شيء منه لرب الارض ويضمن رب الارض بذره أيهما شاء وفى نقصان الارض خلاف كما بينا ولولم يزرع الآخر حتى ضاع البذر من يده أو غرقت الارض فسدت ودخلها عيب ينقصها فلا ضمان على واحد منهما فى شيء من ذلك لان الاول بمجرد الدفع الى الثاني لا يصير مخالفا (ألا ترى) أنه لو دفع اليه البذر والارض واستعان به فى عمل الزراعة أو استأجره على ذلك بدراهم لم يكن مخالفا وانما يصير مخالفا بايجاب الشركة للغير فى الخارج وذلك لايحصل بمجرد العقد ولا بدفع الارض والبذر اليه وانما تكون حقيقة الشركة عند حصول الخارج وسببه القاء البذر في الارض على طريق المزارعة فما لم يوجد هذا السبب لا يصير واحد منهما مخالفا فلهذا لا ضمان على واحد منهما لرب الارض والدليل عليه أن الشركة بعقد المزارعه لاتكون فى البذر بل تكون فى النماء الحاصل من البذر وسببه ليس هو قبض المزارع البذر وانما سببه القاء البذر فى الارض ولودفع اليه أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فدفعها المزارع الى آخر مزارعة على ان للمزارع الآخر الثلثين مما تخرج الارض وللاول الثلث فهذا فاسد لان ايجاب الاول للثاني انما يصح فى مقدار نصيبه من الخارج وقد أوجب له أكثر من نصيبه فالزيادة على مقدار نصيبه انما يوجبها له فى نصيب رب الارض والبذر وهو غير راض بذلك أوقال له اعمل فيه برأيك لانه فوض الامر الى رأيه على العموم على أن يكون له نصف الخارج فلهذا فسد العقد واذا حصل الخارج كان للآخر أجر مثله على الاول لانه استوفى عمله بحكم عقد فاسد جرى بينهما والزرع بين رب الارض والمزارع الاول نصفان لان عمل أجيره اجارة فاسدة بمنزلة عمل أجيره ان لو استأجره بالدراهم اجارة صحيحة وذلك كعمله بنفسه فيكون الخارج بينهما على الشرط ويطيب لهما ذلك لانه لا فساد فى العقد الذى جرى بينهما وانما الفساد فى العقد المعقود على عمل المزارع الآخر ولسببه لا يتمكن الخبث فى الخارج قال ولا يشبه هذا المضاربة يريد به ما بينا فى كتاب المضاربة فى هذه الصورة بعينها لان للمضارب الآخر نصف الربح نصيب المضارب الاول ويرجع على الاول

بسدس الربح لان الربح دراهم أو دنانير فاستحقاق رب المال بعض ما شرطه الاول للثانى لايبطل العقد بينهما ولكن يثبت للآخر حق الرجوع على الاول بمثله كما لو استأجره بدراهم أودنانير باعيانها فاستحقت وفى المزارعة الذى أوجبه الاول للآخر طعام بعينه وهو الخارج من الارض واستحقاق رب الارض والبذر بعض ما أوجبه له يبطل العقد الذي جرى بينهماه يوضح الفرق انه لامجانسة بين الآخر وبين الخارج من الارض فلا يمكن الجمع بينهما للمزارع الآخر بعقد واحد وفى المضاربة الاجر من جنس الربح فيجوز أن يجمع بينهما للمضارب الآخر على أن ما يأخذ مما شرط له من الربح مقدار ما تمكن الاول من تسليمه اليه ويرجع عليه بما زاد على ذلك الى تمام حقه دراهم أو دنانير ولو لم يكن قال له اعمل فيه برأيك والمسئلة بحالها كان المزارع الاول مخالفا والخارج بينه وبين الآخر اثلاثا على شرطهما ويضمن رب الارض بذره أيهما شاء وفى نقصان الارض اختلاف كما بينا ولو كان رب الارض قال للاول اعمل فيه برأيك على ان ما رزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو بيننا نصفان والمسئلة بحالها كان ثلثا الزرع للآخر والثلث بين الاول ورب الارض نصفان لان رب الارض ماشرط هنا لنفسه نصف الخارج بل نصف ما يرزقه الله تعالى المزارع الاول وذلك ماوراء نصيب مزارع الآخر فكان للمزارع الآخر جميع ماشرط له والباقى بين الاول ورب الارض نصفين على شرطهما

باب تولية المزارع ومشاركته والبذر من قبله

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا يزرعها سنته هذه ببذره على أن الخارج بينهما نصفان وقال له اعمل فى ذلك برأيك أولم يقل فدفعها المزارع وبذرا معها الى رجل مزارعة بالنصف فهو جائز لان الاول هنا مستأجر للأرض بنصف الخارج وله أن يتصرف فى الارض التى استأجرها بالدفع مزارعة على الوجه الذى يتصرف فى أرض نفسه (ألا ترى) أنه لو استأجرها بدراهم كان له أن يدفعها مع البذر مزارعة بالنصف فكذلك اذا استأجرها ببعض الخارج بخلاف ما سبق فهناك المزارع أجر رب الارض بنصف الخارج وحقيقة المعنى ان المستأجر عامل لنفسه فانما يوجب الشركة للاجير فى حق نفسه وأما الاجير عامل المستأجر فانما هو يوجب الشركة للآخر فى الخارج من بذر رب الارض فلهذا افترقا

ثم اذا حصل الخارج ها فنصفه للآخر بمقابلة عمله كما أوجبه له صاحب البذر ونصفه لرب الارض بازاء منفعة أرضه كما شرط له صاحب البذر ولا شيء لصاحب البذر لانه أوجب لغيره جميع الخارج من بذره بعقد صحيح وكذلك لو كان البذر من قبل الآخر لان الاول مستأجر للارض بنصف الخارج ثم أجرها من الآخر بنصف الخارج وللمستأجر أن يؤاجر فيما يتفاوت الناس فى استيفائه ولو كان الشرط للمزارع الآخر ثلث الخارج في المسئلتين جميعا جاز وللآخر الثلث ولرب الارض النصف وللاول السدس طيب له لانه نماء بذره فى المسئلة الاولى وهو فاضل عما أوجبه لغيره ولانه عاقد العقدين جميعا فى المسئلة الثانية فيسلم الفضل له باعتبار عقده فان قيل في المسئلة الثانية هو مستأجر للارض وقد أجره بأكثر مما استأجره فى العقد الثانى من غير أن زاد من عنده شيئا فينبغى أن لا تطيب له الزيادة قلنا هذا فى أجر يكون مضمونا فى الذمة فيقال انه ربح حصل لا على ضمانه فاما فى المزارعة فلا يتأتى هذا لان الاجر فى العقد جزء من الخارج ولا يكون مضمونا فى ذمة أحد وسلامته لكل واحد منهما باعتبار الشركة لا باعتبار أنه عوض عن منفعة الارض ولو كان رب الارض دفعها اليه على أن مارزق الله تعالى فى ذلك من شيء فهو بينهما نصفان أو قال ما أصبت أو ما خرج لك من ذلك ولم يقل اعمل فيه برأيك فدفعها المزارع وبذرا معها الى رجل بالنصف فنصف الخارج للآخر والنصف الآخر بين الاول ورب الارض نصفين لان رب الارض انما شرط لنفسه هنا نصف مارزق الله المزارع الاول وهو ما وراء نصيب المزارع الآخر فيستوي ان كان البذر من قبل الاول أو الآخر ولو دفع أرضه الى الاول على أن يعملها ببذره على أن الخارج بينهما نصفان فدفعها الاول الى الآخر على أن يعملها ببذره على أن للآخر ثلثى الخارج وللاول الثلث فعملها على ذلك فثلثا الخارج للآخر لان الخارج نماء بذره فلا يستحق الغير عليه شيئا منه الا بالشرط وانما شرط للاول ثلث الخارج ثم هذا الثلث يكون لرب الارض ولرب الارض على المزارع الاول أجر مثل ثلث أرضه لانه استأجرها منه بنصف الخارج وقد حصل الخارج ولم يسلم له ثلث ذلك النصف بل استحقه المزارع للاجر واستحقاق بعض ما هو أجر للارض اذا كان بعينه يوجب الرجوع بحصته من أجر المثل اعتبارا للبعض بالكل لانه لو استحق جميعه رجع بأجر مثل جميع الارض فكذلك اذا استحق ثلثه ولو كان البذر من قبل الاول كان ثلثا الخارج للاجير كما أوجبه له المزارع الاول والثلث لرب الارض ولرب الارض أجر مثل ثلث

أرضه على المزارع الاول ه فان قيل هنا كل واحد منهما انما يستحق الخارج على الاول بالشرط وشرط النصف لرب الارض كان أسبق فكان ينبغي أن لا يستحق الاجر بايجاب الاول له شيئا من النصف الذي استحقه رب الارض ه قلنا نعم ولكن الاستحقاق لا يثبت حقيقة قبل حصول الخارج وحكما قبل لزوم السبب والسبب فى حق صاحب البذر لا يلزم قبل القاء البذر فى الارض فصح منه اشتراطه ثلثى الخارج للاخر * يوضحه انا لو أبطلنا استحقاق الاجر فى بعض ما شرط له بطل استحقاقه فى الكل لانه لا يجوز الجمع له بين أجر المثل وشيء من الخارج فانه يعمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر ولو أبطلنا حق رب الارض فيما زاد على الثلث من الخارج استحق أجر المثل بمقابلة ذلك الجزء من الارض فالضرر الذى يلحقه يعوض بعدله والضرر الذي يلحق الاخر بغير عوض فلهذا كان الحكم فيه على ماذكرنا ولو كان الاول دفعها الى الاخر منحة على أن يزرعها لنفسه فالخارج كله له لانه نماء بذره ولم يوجب منه شيئا لغيره والمزارع الاول مستأجر الارض وللمستأجر أن يغرم لصاحب الارض على الاول أجر مثل أرضه لانه استأجر الارض منه بنصف الخارج وقد حصل الخارج واستحقه الاخر فيكون للاول عليه أجر مثله لفساد العقد بينهما باستحقاق البدل ولو كان البذر من قبل الاول فاستعان بانسان أو استأجره يعمل له فيها فنصف الخارج للاول ونصفه لرب الارض لان عمل أجيره ومعينه كعمله بنفسه ولو دفع الى رجل أرضا يزرعها ببذره بالنصف ولم يقل اعمل فيه برأيك فشارك فيها رجلا آخر فأخرجا جميعا بذرا على أن يعملا والخارج بينهما نصفان جاز لان الاول استأجر الارض فهو فى التصرف فيها بمنزلة المالك للارض والمالك للارض لو شارك فيها رجلا على أن يزرعها ببذر بينهما والخارج نصفان جاز ويكون هو معيرا نصف الارض من الآخر كذلك هنا ثم نصف الخارج للاخر لانه نماء بذره ونصفه بين الاول ورب الارض نصفان لانه شرط له نصف الخارج من الارض بازاء منفعة الارض وهذا الخارج الذى حصل له خارج من نصف الارض فيستحق نصفه بالشرط وعلى الاول لرب الارض أجر مثل نصف أرضه لان الخارج من النصف الآخر قد استحقه المزارع الآخر وقد كان المزارع الاول أوجب لرب الارض نصف ذلك فاذا لم يسلم له رجع عليه باجر المثل فى ذلك النصف ولو اشترطا العمل على الاجير خاصة فهو فاسد لما بينا أن الاول جعل للثاني منفعة نصف الارض بمقابلة عمله فى النصف الاخر من الارض له والمزارعة لا تحتمل

مثل هذه المقابلة ثم نصف الزرع للاخر لانه نماء بذره وعليه نصف أجر مثل الارض للمزارع الاول لانه استوفى منفعة نصف الارض التى كانت مستحقة له بعقد فاسد ويتصدق المزارع الآخر بالفضل لانه ربح حصل له بسبب عقد فاسد تمكن فى منفعة الارض ونصف الزرع بين الاول ورب الارض نصفان على شرطهما لانه لافساد فى العقد الذى جرى بينهما فما سلم لهما يكون على الشرط بينهما طيبا لهما وعلى الاول لرب الارض أجر مثل نصف أرضه لانه شرط له النصف مما يخرج له جميع الارض وانما يسلم له النصف مما أخرجه نصف الارض فاما ما أخرجه النصف الآخر فقد استحق للمزارع الاجر كله فلهذا كان عليه أجر مثل نصف الارض والله أعلم

﴿ باب دفع المزارع الارض الى رب الارض أو مملوكه مزارعة ﴾

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه على أن الخارج بينهما نصفان فقبضها ثم استعان برب الارض على عملها لم يضر ذلك والخارج بينهما على الشرط فى المزارعة والاجر له فى عمله لان استعانته برب الارض بمنزلة استعانته بغيره وعمل المعين بمنزلة عمل المستعين به ثم رب الارض والبذر ما أقام العمل على سبيل النقض منه للمزارعة وانما أقام العمل على سبيل التبرع منه على عامله وان كان استأجره على ذلك بدراهم معلومة كان الاجر باطلا لان وجوب الاجر يعتمد تسليم العمل الى المستأجر وهو عامل فى أرض نفسه ببذره فلا يكون مسلما عمله الى غيره فلهذا لا يستوجب عليه شيأ من الاجر واذا لم يستوجب الاجر كان هذا وما لو عمله على سبيل الاعانة سواء وهذا بخلاف ما اذا كان عمل رب الارض مشروطا فى عقد المزارعة لان ذلك الشرط يعدم التخلية بين المزارع وبين رب الارض والبذر وقد بينا أن التخلية شرط العقد فكل شرط يفوته يكون مفسدا للعقد فأما فى هذا الموضع فلا ينعدم استحقاق التخلية باعانة رب الارض المزارع فهو قياس المرهون اذا أعاده المرتهن من الراهن أو غصبه منه الراهن لم يبطل به الرهن بخلاف ما اذا شرطا أن يكون فى يد الراهن فى بعض المدة وكذلك لو دفعها اليه يزرعها على أن له ثلث نصيبه فعملها على ذلك كان الامر بينهما على المزارعة الاولى لا يفسدها ماصنعا والشرط باطل لان رب الارض لا يكون مسلما عمله الى المزارع فكما لا يستوجب عليه بمقابلة عمله

دراهم وان شرط ذلك عليه فكذلك لا يستوجب جزأ من نصيبه من الخارج بل يكون هو
متبرعا في العمل * فان قيل لماذا لم يجعل هذا من المزارع بمنزلة الحط لبعض نصيبه فقد شرط
لنفسه نصف الخارج في العقد الاول ثم حط ثلثه بالعقد الثاني قلنا لان عقد الاجارة تمليك
منفعة بعوض فلا يمكن أن يجعل هذا كناية عن الحط كما لا يجعل بيع المبيع من البائع قبل
القبض هبة ثم هذا الحط ليس بمطلق بل هو بمقابلة العمل وكما لا يستحق بمقابلة عمله في
أرضه وبذره عوضا على الغير فكذلك لا يستحق حط شئ مما استحقه الغير عليه ولو كان
استأجر على العمل اجراء كان اجر الاجراء على المزارع لان العمل مستحق عليه فاما
استأجرهم لايفاء ماهو مستحق عليه فيكون الاجر لهم بمقابلة دين في ذمته ولو كان استأجر
على ذلك عبد رب الارض بدراهم معلومة ولا دين عليه فالاجارة باطلة لان كسب العبد
الذي لا دين عليه لمولاه فكما لا يستحق المولى باعتبار عمله أجرا على المزارع وان شرط ذلك
عليه فكذلك لا يستحقه بعمل عبده وان شرط ذلك عليه وان كان على العبد دين فالاجارة
جائزة والاجر واجب لان كسب العبد المديون لغرمائه فاستئجار العبد على العمل في
هذه الحالة كاستئجار بعض غرمائه وان استأجر مكاتب رب الارض أو ابنه جاز لان
المولى من كسب مكاتبه وابنه أبعد منه من كسب عبده المديون وكذلك لو كان البذر
من قبل المزارع في جميع هذه الوجوه فهما في المعنى مستويان لان رب الارض انما يعمل
في الارض وهو في عمله في أرضه لا يستوجب الاجر على غيره والمعاملة في جميع ذلك
قياس المزارعة ولو دفع اليه أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه بالنصف فلما تراضيا على ذلك
أخذ صاحب الارض البذر فبذره بغير أمر المزارع فاخرجت زرعا كثيرا فذلك كله لرب
الارض وقد بطلت المزارعة لان عقد المزارعة لا يتعلق به اللزوم من قبل صاحب البذر
قبل القاء البذر في الارض فينفرد صاحب الارض بفسخ العقد وقد صار فاسخا حين أخذه
بغير أمر المزارع وزرعه لانه لا يمكن أن يجعل معينا له لانه استعان به وليس لاحد أن
يعين غيره بغير رضاه فكان فاسخا للعقد بخلاف الاول فان هنالك يمكن أن يجعل معينا له
لانه استعان به فلا يجعل فاسخا للعقد لانه امتنع من العمل حتى استعان به فعرفنا أن قصده
اعانته لا فسخه العقد بينهما ولو كان البذر من قبل المزارع والمسئلة بحالها كان الزرع لرب
الارض لانه غاصب للبذر حين أخذه بغير أمر المزارع فالعقد لم يكن لازما في جانب المزارع

قبل القاء البذر فى الارض وصاحب الارض لايملك أن يلزمه العقد بغير رضاه فيصير هو غاصبا للبذر ومن غصب بذرا فزرعه فى أرض نفسه أو غيره كان الخارج كله له وعليه بذر مثل ذلك البذر ولا شئ له على المزارع لانه لم يسلم للمزارع شئ من منفعة الارض ولكن رب الارض فوتها عليه ولو فوتها غاصب آخر لم يكن لرب الارض على المزارع شئ فهذا أولى والله أعلم

باب الشروط التى تفسد المزارعة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا له مزارعة على أن يزرعها سنته هذه ببذره وعمله بالنصف وعلى أن يكرى العامل أنهارها فالمزارعة فاسدة لان رب الارض مؤاجر أرضه بنصف الخارج وكرى الانهار على المؤاجر كما لو أجرها بدراهم وهذا لان بكرى الانهار يأتيها الماء ويتمكن المستأجر من الانتفاع بها وما لم يتمكن المستأجر من الانتفاع لا يستوجب الاجر فاذا ثبت أن كرى الانهار على المستأجر قلنا اذا شرط على المستأجر فكانه شرط لنفسه مع نصف الخارج مؤنة كرى الانهار عقابلة منفعة الارض وذلك مفسد للعقد ثم منفعة كري الانهار تبقى بعد مضي مدة المزارعة وشرط مايبقى منفعته بعد مضى المدة على المزارع مفسد للعقد فان عمل علي هذا وكري الانهار كان الخارج للعامل لان البذر من قبله ولصاحب الارض أجر مثل أرضه لانه استوفى منفعة أرضه بعقد فاسد وللعامل علي صاحب الارض أجر مثل عمله فى كرى الانهار لانه استوفى منفعة عمله بعقد فاسد فيتقاصان ويترادان الفضل ولو لم يكن كرى الانهار مشروطا على العامل فى العقد ولكن العامل كري الانهار بنفسه فالمزارعة جائزة ولا أجر له فى كريها لانه تبرع بايفاء ماليس بمستحق عليه فهو بمنزلة مالو حوطها وكذلك اصلاح المسناة فان ذلك على رب الارض بمنزلة كرى الانهار فان شرط على المزارع فى العقد فسد به العقد وان باشره من غير شرط فالعقد جائز ولا أجر له فيما عمل ولو كان البذر من رب الارض وقد شرط على العامل لنفسه شيأ وراء مايقتضيه المزارعة ومنفعته تبقى بعد مضى مدة المزارعة فيفسد به العقد ويكون الخارج كله لصاحب الارض وللعامل أجر مثل عمله فى جميع ذلك لان صاحب الارض استوفى جميع عمله بعقد فاسد ولو اشترطا على رب الارض كرى الانهار واصلاح المسناة حتى يأتيه الشرب كانت المزارعة جائزة على شرطهما سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض

لان هذا العمل على رب الارض بدون الشرط فالشرط لايزيده الا وكادة وليس شئ منها على العامل فاشتراطهما عليه اشتراط عوض مجهول وهو خلاف مايقتضيه العقد فيفسد به العقد ونظيره ما لو استأجر دارا بدراهم مسماة على أن يطين رب الدار سطوحها وعلى أن يصلح مسارها لمسيل الماء جاز ذلك لان هذا على رب الدار بدون الشرط فانه اذا لم يفعله رب الدار فوكفت البيوت وجاء من ذلك ضرر بين كان للمستأجر أن يخرج من الدار فاشتراطه عليه لايزيده الا وكادة ولو اشترط رب الدار ذلك على المستأجر كانت الاجارة فاسدة لان اشتراطه هذه الاعمال عليه كاشتراط مؤنتها لنفسه بمقابلة منفعة الدار وهى مجهولة ولو اشترط على رب الارض كرابها أو الكراب والثنيان فان كان البذر من العامل فالمزارعة فاسدة لان العقد فى جانب الارض يلزم بنفسه وموجبه التخلية بين الارض والمزارع واشتراط الكراب والثنيان عليه يفوت موجب العقد فيفسد به العقد ثم الكراب والثنيان من عمل الزراعة واشتراط بعض عمل الزراعة على رب الارض مفسد للعقد كاشتراط الحفظ ثم الخارج كله لصاحب البذر ولصاحب الارض أجر مثل أرضه وعمله فى الكراب والثنيان ولم يرد به ان عمله فى الكراب والثنيان يتقوم على العامل وانما مراده أنه يغرم أجر مثل الارض مكروبة أو مكروبة مسناة لانه استوفى منفعتها فى وقت القاء البذر فيها وهى بهذه الصفة وان كان البذر من رب الارض فالمزارعة جائزة لان لزوم العقد من جهة صاحب البذر لايكون قبل القاء البذر في الارض والكراب والثنيان يسبق ذلك فاشتراطه على رب الارض لايضر ولان الكراب فى الثنيان بالبقر يكون واشتراط البقر على رب الارض جائز اذا كان البذر من قبله ولا يجوز اذا كان البذر من قبل المزارع فكذلك إشتراط الكراب والثنيان ولو اشترط على أحدهما بعينه أن يسرقنها أو يعذرها والبذر من قبل العامل فالمزارعة فاسدة لانه ان شرط ذلك على العامل فقد شرط عليه ما تبقي منفعته في الارض بعد مضى مدة المزارعة وشرط عليه اتلاف عين مال لايقتضيه عقد المزارعة وذلك مفسد للعقد وان شرط على رب الارض فذلك بمنزلة شرط الكراب والثنيان عليه لان هذا من عمل الزراعة فاشتراطه على رب الارض يكون مفسدا للعقد ويكون الخارج كله للعامل ولصاحب الارض أجر مثل أرضه وأجر مثل عمله فيما عمل من ذلك وقيمة سرقينه ان كان ذلك من قبله وان كان من قبل العامل لم يكن له على رب الارض من قبل ذلك شئ وان كان فيه منفعة لرب الارض فيما بقى

لان العامل انما عمل لنفسه وما بقى لرب الارض أثر عمله وان لم يتقوم أصل عمله على رب الارض فكذلك أثر عمله وان كان البذر من رب الارض فان كان اشترط عليه ذلك فالمزارعة جائزة بمنزلة اشتراط الكراب والثنيان وهذا لان القاء السرقين والعذرة فى الارض يكون قبل الزراعة وقبل الكراب أيضا وان لزوم العقد فى جانب صاحب البذر عند القاء البذر فى الارض فكأنه استأجره للعمل بنصف الخارج بعد مافرغ من القاء العذرة والسرقين وان شرطاه على العامل فالمزارعة فاسدة لانهما شرطا على العامل مايبقى منفعته بعد مضى مدة المزارعة وللعامل أجر مثله فيما عمل وقيمة ماطرح من السرقين لان صاحب الارض استوفى ذلك كله بعقد فاسد فهو نظير من استأجر صباغا اجارة فاسدة ليصبغ ثوبه بصبغ من عنده فعمل ذلك فانه يكون له أجر مثل عمله وقيمة صبغه لو اشترط على العامل أن لايعذرها ولا يسرقنها والبذر منه أو من صاحب الارض فالمزارعة جائزة والشرط باطل لان هذا شرط لاطالب به فان فى القاء العذرة والسرقين فى الارض منفعة للارض وليس فيه مضرة والمطالبة بالوفاء بالشرط يكون لتوفر المنفعة أو لدفع الضرر فاذا انعدم ذلك فى هذا الشرط عرفنا أنه لامطالب به فلا يفسد العقد به واستدل فى الكتاب بحديث ابن عمر رضى الله عنه أنه كان اذا أجر أرضه اشترط على صاحبها أن لا يدخلها كلبا ولا يعذرها وقد بينا أنه انما كان يشترط ذلك لمعنى التقذر ولو كان هذا من الشروط التى تفسد الاجارة مااشترطه ابن عمر رضى الله عنه على من استأجر منه أرأيت لو اشترط عليه أن لايدخلها كلبا كما اشترطه ابن عمر رضى الله عنه كان هذا مفسدا للمزارعة وليس يفسدها هذا ويتخير المزارع ان شاء أدخلها كلبا وان شاء لم يدخلها فكذلك اذا شرط عليه أن لايعذرها ولا يسرقنها يتخير المزارع فى ذلك فلو اشترط العامل على رب الارض دولابا أو دالية بادائها وذلك بعينه عند رب الارض أولم يكن عنده فاشتراه فأعطاه اياه فعمل على هذا والبذر من العامل فالمزارعة فاسدة وان شرط ذلك لرب الارض على العامل جاز وكان ذلك على العامل وان لم يشترط رب الارض لانه مما يسقى به الارض والسقي على العامل فاشتراطه ما يتأتى به السقي عليه يكون مقررا لمقتضى العقد وليس السقى على رب الارض فاشتراط ما يتأتى به السقي على رب الارض بمنزلة اشتراط السقي عليه وذلك مفسد للعقد وكذلك الدواب التى يسقي عليها بالدولاب ان اشترطها على رب الارض فالمزارعة فاسدة

وان اشترطها على العامل جاز لان اشتراط الدولاب للسقي كاشتراط البقر للكراب وقد بينا أن اشتراط البقر على رب الارض مفسد للعقد اذا كان البذر من قبل العامل واشتراطها على العامل لا يفسد العقد فكذلك اشتراط الدواب للسقي وكذلك لو اشترط الدولاب والدواب على العامل وشرط علف الدواب كذا مختوما شعيرا وسطا كل شهر وكذا من القت وكذا من التبن بشئ معروف من ذلك على رب الارض فالمزارعة فاسدة لان مايشترط على رب الارض لعلف دواب المزارع يكون مشروطا للمزارع واشتراط شئ له من غير ماتخرجه الارض يكون مفسدا للمزارعة فانها شركة فى الخارج فلا يجوز أن يستحق بها مال آخر فان حصل الخارج فهو كله لصاحب البذر ولصاحب الارض أجر مثل أرضه ومثل ما أخذ منه المزارع من الشعير والقت والتبن لانه استوفى ذلك بعقد فاسد ولو كان اشتراط ذلك كله على العامل جاز لان علف دوابه عليه بغير شرط فالشرط لايزيده الا وكادة ولو كان البذر من رب الارض فاشترط ذلك كله على صاحب العمل جاز بمنزلة اشتراط البقر للكراب عليه وكذلك ان اشترط على رب الارض لانه لو اشترط عليه البقر للكراب فى هذه الحالة يجوز فكذلك اذا شرط عليه الدولاب والدواب للسقي وهذا لان المزارع أجيره فانما استأجره ليقيم العمل باداة المستأجر وذلك صحيح واذا اشترطا الدواب والدولاب على رب الارض وعلف الدواب شيأ معروفا على المزارع فسدت المزارعة لانه شرط على المزارع علف دواب غيره وذلك بمنزلة اشتراط رب الارض على المزارع طعام غلامه وذلك مفسد للمزارعة سواء سمى طعاما معروفا أو لم يسم لان ذلك بمنزلة الاشتراط منه لنفسه وكذلك لو اشترطا الدواب والدولاب على المزارع وعلف الدواب على رب الارض ولو اشترطا الدابة وعلفها على أحدهما والدولاب على الآخر جاز لان علف الدابة مشروط على صاحب الدابة وهو عليه بغير شرط ثم فى هذا الفصل اشتراط الدواب والدولاب على أحدهما صحيح أيهما كان فكذلك اشتراط كل واحد منهما على أحدهما بعينه يكون صحيحا والله أعلم

باب المزارعة يشترط فيها المعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا بيضاء مزارعة وفيها نخيل على أن

يزرعها ببذره وعمله على أن ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان واشترطا ذلك سنين معلومة فهذا فاسد لان فى حق الارض العامل مستأجر لها بنصف الخارج على أن يزرعها ببذره وفى حق النخيل رب النخيل مستأجر للعامل ليعمل فيها بنصف الخارج فهما عقدان مختلفان لاختلاف المعقود عليه فى كل واحد بينهما وقد جعل أحد العقدين شرطا في الآخر وذلك مفسد للعقد لنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن صفقتين فى صفقة ثم الخارج من الارض كله لصاحب البذر وعليه اجر مثل الارض لصاحب الارض ويتصدق المزارع بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بعقد فاسد والخارج من النخل كله لصاحب النخل وللعامل أجر مثل عمله فيما عمل فى النخيل ويطيب الخارج كله لصاحب النخل وكذلك لو كان الشرط بينهما فى النخل على الثلث والثلثين أو فى الزرع على الثلث والثلثين فالجواب واحد وهذا أبين للمعنى الذى بينا أن العقد مختلف فيها ولو كان البذر من صاحب الارض والمسئلة بحالها جاز العقد لانه استأجر العامل ليعمل فى أرضه ونخله فيكون العقد بينهما واحدا لاتحاد المعقود عليه وهو منفعة العامل فهو بمنزلة مالو دفع اليه أرضين مزارعة ليزرعها ببذر صاحب الارض وكذلك لو اشترطا على العامل فى النخيل تسعة اعشار الثمار وفى الزرع النصف لان العقد لا يختلف باختلاف مقدار البذر المشروط كما لو استأجره لعمل معلوم بمائة درهم وبدينار يكون العقد واحدا وانما يختلف العقد باختلاف المعقود عليه والمعقود عليه واحد وهو عمل العامل ولو دفع اليه أرضا وكرما على نحو هذا كان الجواب كالجواب فى النخل لاتفاقهما فى المعنى ولو دفع اليه أرضا بيضاء فيها نخيل فقال أدفع اليك هذه الارض تزرعها ببذرك وعملك على أن الخارج من ذلك بينى وبينك نصفان وأدفع اليك مافيها من النخيل معاملة على أن تقوم عليه وتسقيه وتلقحه فما خرج من ذلك فهو بينى وبينك نصفان أو قال لك منه الثلث ولى الثلثان وقد وقتا لذلك سنين معلومة فهو جائز لانه لم يجعل أحد العقدين هنا شرطا فى الآخر وانما جعله معطوفا على الآخر لان الواو للعطف لا للشرط بخلاف الاول فهناك جعل أحد العقدين شرطا في الآخر لان حرف على للشرط (ألا ترى) أنه لو قال أبيعك هذه الدار بالف درهم على أن تستأجرنى هذه الدار الاخرى شهرا بخمسة دراهم كان هذا فاسدا لان هذا بيع شرطت فيه اجارة ولو قال أبيعك هذه الدار بالف وأوجرك هذه الدار الاخرى شهرا بخمسة دراهم كان جائزا لانه لم يجعل أحدهما شرطا فى صاحبه وكذلك لو قال أبيعك هذه الدار

بألف درهم على أن أبيعك هذه الامة بمائة دينار كان العقد فاسدا بخلاف مالو قال وأبيعك هـذه الأمة وقد أجاب فى الزيادات فى مسئلة البيع بخلاف هـذا وقد بينا وجه الروايات والتوفيق فيما أمليناه من شرح الزيادات وكذلك لو دفع اليه أرضا وكرما وقال ازرع هـذه الارض ببذرك وقم على هذا الكرم فاكسحه واسقه فهذا صحيح لانه ماشرط أحد العقدين فى الآخر فلا يفسد واحد منهما والله أعلم

باب الخلاف فى المزارعة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا مزارعة بالنصف سنته هذه فهو فاسد لانهما لم يسميا البذر من أحدهما بعينه والمعقود عليه يختلف باختلاف من البذر من قبله لانه ان كان البذر من قبل رب الارض فالمعقود عليه منفعة العامل وان كان من قبل العامل فالمعقود عليه منفعة الارض وجهالة المعقود عليه مفسدة للعقد ثم هذه جهالة تفضى الى المنازعة بينهما لان كل واحد منهما يقول لصاحبه البذر من قبلك وليس الرجوع الى قول أحدهما باولى من الرجوع الى قول الآخر ويحكى عن الهندوانى رحمه الله انه قال هذا فى موضع ليس فيه عرف ظاهر يكون البذر من أحدهما بعينه أو كان العرف مشتركا فأما فى موضع يكون فيه عرف ظاهر يكون البذر من أحدهما بعينه فان العقد يكون صحيحا والبذر من قبله لان الثابت بالعرف كالثابت بالشرط كما لو اشترى بدراهم مطلقة تنصرف الى نقد البلد للعرف فتنقطع المنازعة بينهما بالرجوع الى الظاهر المتعارف وكذلك لو قال للمزارع على أن تزرعها سنتك هذه لان من البذر من قبله لا يتعين بهذا اللفظ فالمزارع هو الذى يزرع البذر سواء كان البذر من رب الارض أو من قبله ولو قال على أن تزرعها سنتك هذه لنفسك بالنصف فهو جائز استحسانا والبذر من قبل المزارع لانه انما يكون عاملا لنفسه اذا كان البذر من قبله فيكون هو مستأجرا للارض فأما اذا كان البذر من قبل رب الارض فيكون هو أجيرا عاملا لرب الارض ففى لفظه مايدل على اشتراط البذر على المزارع فيكون ذلك كالتصريح به وكان القياس أن لا يجوز حتى يسمى مايزرعها لان بعض الزرع أضر على الارض من بعض فما لم يبين جنس البذر لا يصير مقدار مايستوفيه من منفعة الارض معلوما وهـذه الجهالة تفضى الى المنازعة لان رب الارض يطالبه بان يزرع فيها أقل مايكون ضررا على الارض والمزارع

يأبى الا أن يزرع فيها أضر الاشياء بالارض وكذلك فى جهالة جنس البذر جهالة جنس الاجر لان الاجر جزء من الخارج وذلك لا يصير معلوما الا بتسمية جنس البذر ولكنا نستحسن أن نجيز العقد ونجعل له أن يزرعها مابدا له من غلة الشتاء والصيف من الحنطه والرطبة والسمسم والشعير ونحو ذلك أما لان بطريق العرف يحصل تعيين جنس البذر بتعيين الارض فان أهل الصنعة يعلمون كل أرض صالحة لزراعة شئ معلوم فيها أو لانه لاتجرى المنازعة بين رب الارض والمزارع فيها لما لكل واحد منهما من الحظ فى ذلك أو لان المزارع مستأجر للارض ومنفعة الارض معلومة بتعيين الارض والضرر فى أنواع ما يزرعها فيها يتفاوت فلا يفسد العقد كما لو استأجر دارا للسكنى ولم يبين من يسكنها وليس له أن يغرس فيها كرما ولا شجرا لانه قال فى العقد ازرعها لنفسك وعمل الغرس غير عمل الزراعة والتفاوت بينهما فى الضرر على الارض فاحش فلا يستفيد أعظم الضررين عند التصريح بأدناهما كما لو استأجر حانوتا ليسكنها لم يكن له أن يقعد فيها قصارا ولا حدادا ولو كان دفعها اليه على أن يزرعها سنته هذه لصاحب الارض بالنصف فهو جائز والبذر من رب الارض لانه انما يكون زارعا لصاحب الارض اذا كان هو أجيرا له فى العمل ولرب الارض أن يستعمل الزارع فى زراعة مابدا له فيها من غلة الشتاء والصيف استحسانا وكان القياس أن لايجوز حتى يبين ما يزرع أو يشترط التعميم فيقول على أن يزرع لي ما بدا لي من غلة الشتاء والصيف لان العمل يتفاضل في ذلك والعمل فى بعض أنواع الزرع يكون أشد على العامل من بعض فاما أن يبين جنس البذر ليصير مقدار العمل به معلوما أو يصرح باشتراط الخيار لنفسه فى ذلك ولكن فى الاستحسان لا يشترط هذا لما قلنا ولو دفعها اليه على أن يزرعها سنته هذه مابدا للمزارع من غلة الشتاء والصيف فهو جائز والبذر من قبل العامل لان تفويض الامر الى رأيه على العموم دليل أن يكون عاملا لنفسه فى الزراعة ولوقال مابدا لرب الارض كان البذر من رب الارض لان التنصيص على كون الرأي فيه اليه دليل على أن المزارع عامل له وذلك اذا كان البذر من قبل رب الارض وكذلك لوقال رب الارض تزرعها ما أحببت أنا أو ماشئت أنا أو ما أردت أنا فهذا كله دليل على أن البذر من قبل رب الارض ولو قال ماشئت أنت أو ما أحببت أنت أو ما أردت أنت فهو دليل على أن البذر من العامل والعقد جائز فى الفصلين استحسانا وفى القياس لايجوز حتى يبينا من البذر من قبله أيهما هو لان مع اشتراط

الرأى لاحدهما يجوز أن يكون البذر من قبل الآخر (ألا ترى) انهما لو صرحا بذلك كان البذر من قبله فاذا سكتا عن ذكره كان من البذر من قبله مجهولا منهما ولكنه استحسن فقال الظاهر انه انما شرط المشيئة والمحبة والارادة فى البذر على العموم لمن البذر من قبله وهذا الظاهر يسقط اعتباره عند التصريح بخلافه وعند عدم التصريح بخلافه يبقى معتبرا كتقديم المائدة بين يدى انسان يكون اذنا فى التناول بدليل العرف وان صرح بخلافه فقال لا تأكل لم يكن ذلك اذنا فى التناول ولو دفع اليه أرضا وبذرا على أن يزرعها سنته هذه بالربع ولم يسميا غير ذلك فالمزارعة جائزة والربع للزارع ان اختلفا فيه قبل العمل أو بعده لان حرف الباء للالصاق وانما يصحب الاعواض فيكون هذا اشتراط الربع لمن يستحق الخارج عوضا وهو الزارع فانه يستحقه عوضا عن عمله فاما صاحب الارض والبذر فانما يستحقه لانه نماء بذره ، يوضحه ان المزارع هو المحتاج الى بيان نصيبه بالشرط فاشتراط الربع مطلقا انما ينصرف الى بيان نصيب من يحتاج الى الشرط ولو قال دفعت اليك هذه الارض على أن تزرعها ببذرك وعملك بالربع كان الربع لرب الارض لانه هو الذى يستحق الخارج هنا عوضا عن منفعة الارض وهو المحتاج الى الشرط للاستحقاق ولو دفعها اليه على أن يزرعها حنطة من عنده بالنصف لم يكن له أن يزرعها غير الحنطة وان كان أقل ضررا على الارض لانهما شرطا زراعة الحنطة فى عقد لازم وهذا شرط مفيد فيجب الوفاء به بخلاف ما اذا استأجرها بدراهم ليزرعها حنطة فزرعها شيئا هو أقل ضررا على الارض لم يضمن وعليه الاجر لان تعيين الحنطة هناك غير مفيد فى حق رب الارض فان حقه فى الاجر وهو دراهم يستوجبها بالتمكن من الزراعة وان لم يزرعها فلا يعتبر تعيينها بالحنطة الا فى معرفة مقدار الضرر على الارض فاذا زرع فيها ما هو أقل ضررا لم يكن مخالفا اما فى المزارعة فتعيين الحنطة شرط مفيد فى حق رب الاض لان حق رب الارض فى نصف الخارج فانما جعل له الاجر من الحنطة فلا يكون له ان يحول حقه الى شيء آخر بزراعته فيها وان كان ذلك أقل ضررا لم يكن مخالفا وكذلك لو قال خذ هذه الارض لتزرعها حنطة فهذا شرط بمنزلة قوله على أن تزرعها الحنطة وقد بينا هذه الفصول فى المضاربة ولو دفع اليه الارض والبذر على أن يكون للمزارع ربع الخارج ولرب الارض نصفه فهو جائز وثلاثة ارباع الزرع لرب الارض والبذر لان المزارع هو الذى يستحق بالشرط فلا يستحق غير ما شرط له وما وراء ذلك مما هو مسكوت عنه يكون لصاحب البذر

لان استحقاقه يكون نماء بذره لا بالشرط ولو دفع اليه أرضا فقال قد أجرتك هذه الارض هذه السنة مزارعة بالنصف فهو جائز والبذر من العامل لان رب الارض نص على انه مؤاجر للارض وانما يكون كذلك اذا كان البذر من قبل العامل وكذلك لو قال أجرتك هذه الارض هذه السنة على أن تزرعها بالنصف أو لتزرعها بالنصف فهو جائز والبذر من قبل العامل ولو قال أجرتك هذه الارض هذه السنة بالنصف كان فاسدا لانه لم يسم زرعا ولا غرسا والتفاوت بينهما فى الضرر على الارض فاحش ورب الارض هو المؤاجر لارضه لكل واحد منهما فاذا لم يبينا ذلك كان العقد فاسدا فان لم يتفاسخا حتى زرعها أو غرسها وقد أجرها اياه سنين مسماة كان الخارج بينهما نصفين استحسانا لانه تعين المعقود عليه فى الانتهاء قبل وجوب البدل فيجعل كتعينه فى الابتداء وهو نظير ماتقدم فى الاجارات اذا استأجر دابة للركوب أوثوبا لليس ولم يبين من يركبها ولا من يلبسها ولو قال له استأجرتك هذه السنة تزرع فى هذه الارض بالنصف جاز والبذر من رب الارض فما اعطاه من حبوب أو رطبة فعليه أن يزرعها لانه صرح باستئجاره للزراعة وانما يكون رب الارض مستأجرا للزارع اذا كان البذر من قبله ولوأرادرب الارض ان يدفع اليه شجرا أو كرما يغرسه فيها فللعامل أن يمتنع من ذلك لانه استأجره للزراعة وهذا العمل لايقع عليه اسم الزراعة مطلقا انما يسمى غراسة وما شرط عليه فى العقد عمل الغراسة فليس له أن يكلفه ذلك ولو قال استأجرتك تعمل فى هذه الارض عشر سنين بالنصف فهذا فاسد لان العمل المشروط عليه مجهول وبين عمل الزراعة والغراسة تفاوت عظيم فان لم يتفاسخا حتى أعطاه رب الاض بذرا فبذره أو غرسا فغرسه وعمله كان الخارج منهما على شرطهما استحسانا وجعل التعيين فى الانتهاء بتراضيهما كالتعيين فى الابتداء وهو نظير الاول على ما بينا والله أعلم

باب اختلافهما فى المزارعة فيما شرط كل واحد منهما لصاحبه

(قال رحمه الله) واذا كان البذر من رب الارض فأخرجت الارض زرعا كثيرا فقال رب الارض شرطت لك الثلث وقال المزارع شرطت لي النصف فالقول قول رب الارض مع يمينه لان المزارع يستحق عليه الخارج بمقابلة عمله بالشرط فهو يدعى زيادة فيما شرط له ورب الارض ينكر تلك الزيادة فالقول قوله مع يمينه وعلى المزارع البينة على ما ادعى وترجح

بينته عند المعارضة لما فيها من اثبات الزيادة ولا يصار الى التحالف عند أصحابنا جميعا رحمهم الله بعد استيفاء المنفعة لخلوه عن الفائدة وقد بينا ذلك فى الاجارات وان اختلفا قبل أن يزرع شيئا تحالفا وترد اليمين عليه أيضا وهنا أول المزارعة لان المزارعة عقد محتمل للفسخ فاذا اختلفا فى مقدار البدل فيه حال قيام المعقود عليه تحالفا وترادا ويبدأ بالمزارع فى اليمين وهذا قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد رحمه الله وقد بينا ذلك فى البيوع ان البداءة فى البيع بيمين المشترى لان أول التسليمين عليه فأول التسليمين على المزارع ثم العقد لازم فى جانبه حتى لا يتمكن من الفسخ من غير عذر وصاحب البذر يتمكن من ذلك فكانت اليمين فى جانبه ألزم وأيهما نكل عن اليمين لزمه دعوى صاحبه لان نكوله كاقراره وان أقاما البينة قبل التحالف أو بعده فالبينة بينة المزارع لانها مثبتة للزيادة واليمين الفاجرة أحق أن ترد من البينة العادلة ولو اختلفا والبذر من العامل وقد أخرجت الارض الزرع فالقول قول العامل لان رب الارض هو الذى يستحق الخارج عليه بالشرط فاذا ادعى زيادة فيما شرط له كان عليه أن يثبت تلك الزيادة بالبينة وعلى الآخر اليمين لانكاره وان اختلفا قبل أن يزرع تحالفا ويبدأ بيمين صاحب الارض لان أول التسليمين عليه ولان لزوم العقد هنا فى جانبه واذا دفع الرجل الى رجل أرضا وبذرا يزرعها سنته هذه على ان للمزارع ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه والثلثان من نصيب الآخر فهذا جائز وله ستة من ثمانية عشر سهما والباقى بين صاحبي الارض خمسة أسهم منه للذى شرط للمزارع الثلثين من نصيبه وسبعة للآخر لان المزارع أجيرهما فى العمل وقد استأجراه بجزء معلوم من الخارج وبينا مقدار ماله من نصيب كل واحد منهما من ذلك الجزء وذلك مستقيم فالاجير قد تسامح مع أحد المستأجرين دون الآخر وقد تعنت مع أحدهما وطلب الاجر من الآخر فاذا صح هذا الشرط احتجنا فى التخريج الى حساب له ثلث ينقسم أثلاثا وذلك تسعة الا ان أصل الخارج بينهما نصفان فليس لتسعة نصف صحيح فيضعف الحساب ويجعل الخارج على ثمانية عشر سهما نصيب كل واحد منهما تسعة وقد شرطا للمزارع ثلث الخارج وهو ستة ثلثا ذلك وهو أربعة من نصيب أحدهما ونصيبه كان تسعة فاذا استحق المزارع من ذلك أربعة بقى له خمسة وثلث ذلك وهو سهمان من نصيب الآخر وقد كان نصيبه تسعة فلما استحق المزارع من ذلك سهمين بقى له سبعة ولو كانا اشترطا للمزارع الثلث ولم يزد على هذا كان الزرع بينهما أثلاثا لان المشروط

للمزارع مطلقا يكون من النصيبين على السواء فاذا استحق المزارع ثلث الخارج بقي الباقي بينهما على ما كان أصل الخارج فيكون بينهم اثلاثا ولو كانا اشترطا الثلث للزارع ثلثه من نصيب هذا بعينه والثلث من نصيب الآخر وما بقي بين صاحبي الارض نصفين فللمزارع الثلث ستة من ثمانية عشر والباقي بينهما لاحدهما خمسة وللآخر سبعة كما خرجنا واشتراط المناصفة فيا بينهما فيما بقي باطل لان الذي شرط للمزارع ثلثي الثلث من نصيبه باشتراط المناصفة في الباقي يستوهب من نصيب صاحبه سهما واحدا ليكون ستة له من الباقي ولصاحبه ستة واستيهاب المعدوم باطل وهو طمع منه في غير مطمع ولانه طمع في شيء من نصيب صاحبه من الخارج من غير أن يكون له أرض ولا بذر ولا عمل وعقد المزارعة انما كان بينهما وبين المزارع والشرط الباطل فيما بينهما لا يؤثر في العقد الذي بينهما وبين المزارع ولو دفع رجل الى رجلين أرضا بينهما نصفين ليزرعاها ببذرهما وعملهما على أن لصاحب الارض ثلث الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه وثلثاه من نصيب الآخر فهو جائز لانه أجر الارض منهما بجزء معلوم من الخارج وفاوت بينهما ذلك الاجر وذلك مستقيم فانه لا تتفرق الصفقة في حقه بهذا التفاوت فاذا حصل الخارج كان له الثلث ستة من ثمانية عشر والباقي بين العاملين على اثنى عشر سهما خمسة للذى شرط لرب الارض ثلثي الثلث من نصيبه لان نصيبه كان تسعة وقد أوجب للمزارع من ذلك أربعة فبقي له خمسة والآخر انما أوجب لرب الارض سهمين من نصيبه فبقي له سبعة فاذا كانا اشترطا أن الباقي بعد الثلث بينهما نصفان فهذه مزارعة فاسدة لان الذى شرط ثلثي الثلث من نصيبه لرب الارض شرط لنفسه سهما من نصيب صاحبه ليستوى به وكان صاحبه عاقده عقد المزارعة في نصيبه بهذا السهم الذى شرط له وشرط عمله معه وذلك مفسد لعقد المزارعة بخلاف الاول فهناك ليس بين صاحبي الارض شبهة عقد فاشتراط أحدهما لنفسه سهما من نصيب صاحبه استيهاب للمعدوم واذا فسد العقد كان الخارج بين المزارعين نصفين ولرب الارض أجر مثل أرضه أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج * فان قيل كان ينبغي أن لا يفسد العقد بينهما وبين رب الارض لان المفسد ممكن فيا بينها ولم تمكن في العقد الذي فيما بينهما وبين رب الارض * قلنا العقد كله صفقة واحدة بعضه مشروط في البعض فيتمكن المفسد منه وفي جانب منه يفسد الكل ثم قد يمكن المفسد بينهما وبين رب الارض من وجه وهو أن الذى شرط الثلثين لرب الارض من نصيبه كأنه شرط ربع ذلك

على صاحبه ليستوى به فيا بقي واشتراط شئ من الاجر فى الاجارة على غير المستأجر يكون مفسدا للاجارة ولو دفع رجلان أرضا وبذرا الى رجل ليزرعها على أن للعامل ثلث الخارج والثلثان من ذلك لاحد صاحبي الارض ثلاثة أرباعه وللآخر ربعه فعمل على ذلك فللعامل ثلث الخارج والباقى بين صاحبي الارض نصفين لان البذر بينهما نصفان والعامل اجيرهما بالثلث فاستحق الثلث بمطلق الشرط من نصيبهما سهوين وكان الباقى بينهما نصفين فالذى شرط له ثلاثة أرباع مابقى يكون شرطاله نصف مابقى من صاحبه لنفسه وهذا منه استيهاب المعدوم أو طمع فى غير مطمع فيلغو ولو كان البذر من قبل العامل والمسئلة بحالها جاز وكان الباقى بينهما على الشرط ثلاثة أرباعه للذى شرط ذلك له وربعه للآخر لان العامل هنا مستأجر للارض منهما وانما استحقاق الخارج عليه بالشرط فيكون لكل واحد منهما مقدار ماشرط لاحدهما ثلاثة أرباع الثلثين وللآخر الربع بخلاف الاول فاستحقاقهما هناك يكون من الخارج نماء بذرهما لا بالشرط * فان قيل هنا العامل يكون مستأجرا نصيب أحدهما من الارض بجميع الخارج لان الخارج من نصف الارض ثلاثة ارباع الثلثين مثل ما شرط له واستئجار الارض فى المزارعة بجميع الخارج لا يجوز * قلنا نعم ولكن لا يميز نصيب أحدهما من نصيب الآخر لما فى ذلك من تمكن الشيوع فى العقد فى نصيب كل واحد منهما واذا لم يميز لم يتحقق هذا المعنى فبقي العقد بينهما على جميع الارض بثلثى الخارج وذلك صحيح بينهما وبين صاحب البذر ثم جملا ثلاثة أرباع الثلثين بمقابلة نصيب أحدهما من منفعة الارض والربع بمقابلة نصيب الآخر وذلك مستقيم فيما بينهما أيضا ولو دفع رجل الى رجلين أرضا يزرعها ببذرهما وعملهما على أن لصاحب الارض ثلث الخارج وللعاملين الثلثين الربع من ذلك لاحدهما بعينه وثلاثة ارباعه للآخر فهذا فاسد لانهما استأجرا الارض على أن يكون جميع الاجر على أحدهما وهو الذى شرط له الربع من الباقى لان الذى شرط لنفسه ثلاثة أرباع ما بقى قد شرط لنفسه جميع ما يخرجه بذره فعرفنا أنه شرط نصيبه من الاجر على صاحبه وذلك مفسد للعقد * ويوضحه انهما شرطا لرب الارض الثلث وذلك من نصيبهما نصفين فلما شرطا لاحدهما ثلاثة أرباع مابقى فكان الآخر عقد عقد المزارعة بنصف الباقى من نصيبه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للمزارعة واذا فسدت كان الخارج كله للمزارعين ولرب الارض أجر مثل أرضه أخرجت الارض شيئا أو لم تخرج وهو الحكم فى المزارعة الفاسدة واذا دفع الرجل الى الرجل أرضا يزرعها

بذره وعمله على ان الخارج بينهما نصفان فلما حصل الخارج قال صاحب البذر شرطت لك عشرين قفيزا من الخارج وقال رب الارض شرطت لي النصف منه فالقول قول صاحب البذر لان صاحب البذر يدعى عليه استحقاق نصف الخارج بالشرط وهو منكر لذلك فالقول قول المنكر مع يمينه والبينة بينة رب الارض لانها تثبت الاستحقاق له ولا يقال الظاهر يشهد لرب الارض فان العقد الذى يجرى بين المسلمين الاصل فيه الصحة لان هذا الظاهر يصلح لدفع الاستحقاق لا للاستحقاق به وحاجة رب الارض الى ابتداء الاستحقاق فاذا حلف صاحب البذر أعطاه أجر مثل أرضه لانه مقر له بذلك القدر وان لم تخرج الارض شيأ فقال المزارع شرطت لك النصف وقال رب الارض شرطت لي عشرين قفيزا فالقول قول المزارع لان رب الارض يدعى لنفسه أجر المثل دينا فى ذمة المزارع والمزارع منكر لذلك ثم الظاهر يشهد للمزارع فان الاصل فى العقود الصحة وحاجة المزارع الى دفع استحقاق رب الارض والظاهر يكفى لذلك وان اقاما البينة فالبينة بينة المزارع أيضا لانه يثبت ببينته اشتراط نصف الخارج ورب الارض ليس يثبت ببينته ما شهد به الشهود لانهم شهدوا باشتراط عشرين قفيزا وذلك لا يستحق بالشرط بل يفسد به العقد فيجب أجر المثل فتترجح بينة من تثبت بينته صحة العقد وصحة الشرط ولو لم يزرع حتى اختلفا كان القول قول رب الارض ان ادعى أنه دفعها بأقفزة معلومة لان المزارع يدعي عليه استحقاق منفعة الارض ووجوب تسليمها اليه ورب الارض منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه وان ادعى رب الارض أنه دفعها بالنصف فالقول قول المزارع أنه أخذها بعشرين قفيزا مع يمينه على ما ادعى رب الارض لان رب الارض يدعى استحقاق بعض الخارج عليه والمزارع منكر لذلك وقيل لا معنى ليمين المزارع هنا لانه متمكن من فسخ العقد قبل القاء البذر فى الارض وقد ادعى ما يفسد العقد فكان ذلك بمنزلة الفسخ منه ثم اليمين انما تنبني على دعوى ملزمة ودعوى رب الارض لا تلزمه شيأ قبل الزراعة فلا معنى لاستحلافه فان كان البذر من صاحب الارض فلما أدرك الزرع قال العامل شرطت لي النصف وقال رب الاض شرطت لك عشرين قفيزا من الخارج فالقول قول رب الاض والبينة بينة العامل لان العامل يدعي استحقاق جزء من الخارج على رب الارض بالشرط ورب الارض منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه والبينة بينة العامل لانها تثبت الاستحقاق له وان لم تخرج الارض شيأ فقال العامل

شرطت لى عشرين قفيزا وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض لان العامل يدعى أجر العمل دينا فى ذمته وهو منكر لذلك والبينة بينة رب الارض أيضا لانه يثبت ببينته صحة العقد ويشهد شهوده باشتراط ما يثبت بالشرط فى المزارعة والآخر انما يشهد شهوده باشتراط مالا يثبت بالشرط فى المزارعة فكان الاثبات فى بينة رب الارض أظهر ولو لم يزرع حتى اختلفا فالقول قول الذي يدعي الفساد منهما مع يمينه لانه ينكر وجوب تسليم شئ عليه ولو أقاما البينة فالبينة بينة الذى يدعي المزارعة بالنصف أيهما كان لانه يثبت ببينته صحة العقد وكونه سببا للاستحقاق فتترجح بينته بذلك ولو أخرج زرعا كثيرا فقال لصاحب الارض والبذر شرطت لك النصف وزيادة عشرة أقفزة وقال العامل شرطت لي النصف فالقول قول العامل لانهما اتفقا على اشتراط النصف ثم ادعى رب الارض زيادة على ذلك والعامل منكر لتلك الزيادة ثم رب الارض متعنت فى كلامه لانه يقر له زيادة ليبطل به أصل استحقاقه لايثبت حقه فيما أقر له به وقول المتعنت غير مقبول وان أقاما جميعا البينة فالبينة بينة رب الارض لانه يثبت ببينته زيادة الشرط ولانه يثبت ببينته فساد العقد بعد ما ظهر باتفاقهما ما هو شرط الصحة وهو اشتراط نصف الخارج والزيادة هاهنا فى بينته ولو ادعي رب الارض انه اشترط له نصف ماتخرج الارض الا خمسة أقفزة وقال العامل لم يستثن شيأ فالقول قول رب الارض لان الكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فالمزارع يدعي عليه استحقاق نصف كامل بالشرط ورب الارض ينكر الشرط فى بعض ذلك النصف معنى فالقول قوله لانكاره والبينة بينة المزارع لانه يثبت صحة المزارعة والفضل فيما يدعيه لنفسه ان لم تخرج الارض شيأ وقال المزارع شرطت لى النصف وزيادة عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض لاتفاقهما على اشتراط النصف وتفرد المزارع بدعوى الزيادة لاليستحقها بل ليبطل العقد بها والبينة بينة المزارع لانه يثبت زيادة شرط ببينته ويثبت لنفسه أجر المثل دينا فى ذمة رب الارض ولو قال المزارع شرطت لى النصف الا عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف ولم تخرج الارض شيأ فالقول قول رب الارض لان المزارع يدعي الاجر دينا فى ذمة رب الارض ورب الارض منكر لذلك وان أقاما البينة فالبينة بينة رب الارض أيضا لانه يثبت ببينته شرط صحة العقد وان اختلفا قبل العمل فقال المزارع شرطت لي

النصف وزيادة عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من يرى جواز المزارعة وفى قول أبى يوسف ومحمد القول قول المزارع وهذا لان رب الارض يدعي صحة العقد ومن أصل أبى حنيفة أن القول قول من يدعى الصحة * بيانه فيما تقدم فى السلم اذا ادعى أحد المتعاقدين الاجل فى السلم وأنكره الآخر أن عند أبى حنيفة القول قول من يدعى الاجل أيهما كان لانه يدعي صحة العقد وعندهما القول قول رب السلم لان المسلم اليه اذا كان يدعى الاجل ورب السلم منكر لدعواه فالقول قوله وان كان فى انكاره افساد العقد وان كان المسلم اليه منكرا للاجل فهو متعنت فى هذا الانكار لان رب السلم يقر له بالاجل وهو ينكر ذلك تعنتا ليفسد به العقد فهنا كذلك عند أبى حنيفة رحمه الله يجعل القول قول رب الارض لانه يدعي صحة العقد وعندهما يجعل القول قول المزارع لان كلامهما خرج مخرج الدعوى والانكار فرب الارض يدعي على المزارع استحقاق تسليم النفس لاقامة العمل وهو منكر فالقول قوله مع يمينه وان كان فى انكاره افساد العقد وان أقاما البينة فالبينة بينة المزارع فى قولهم جميعا لانه يثبت السبب المفسد بعد تصادقهما على ماهو شرط الصحة ولا يثبت الفضل فيما شرطله ولو قال المزارع شرطت لى النصف الا عشرة أقفزة وقال رب الارض شرطت لك النصف فالقول قول رب الارض عندهم جميعا أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانه يدعى الصحة وأما عندهما فلان المزارع متعنت لان رب الارض يقر له بزيادة فيما شرط له والمزارع يكذبه فيما أقر له به ليفسد به العقد فكان متعنتا فان أقاما البينة فالبينة بينة رب الارض لانه يثبت شرط صحة العقد واستحقاق العمل على المزارع ببينته ولو قال المزارع قبل العمل شرطت لى النصف وقال رب الارض والبذرشرطت لك النصف وزيادة عشرة أقفزة فالقول قول المزارع لانهما اتفقا على شرط صحة العقد وهو اشتراط النصف ثم رب الارض يدعى شرط زيادة على ذلك ليفسد به العقد والمزارع منكر لذلك فالقول قوله مع يمينه والبينة بينة رب الارض لاثباته الشرط المفسد مع تصادقهما على ماهو شرط صحة العقد ولو قال رب الارض شرطت لك النصف الا عشرة أقفزة وقال المزارع شرطت لى النصف فالقول قول رب الارض لان المزارع يدعى زيادة أقفزة فيما شرط ورب الارض منكر لما قلنا ان الكلام المصدر بالاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى والبينة بينة المزارع لانه يثبت الفضل

فى المشروط له بينته ولو كان البذر من قبل العامل كان حاله فى جميع هذه الوجوه بمنزلة حال رب الارض حتى كان البذر من قبله للمعنى الذى أشرنا اليه واذا دفع الرجل الى رجلين أرضاوبذرا على أن يزرعاها سنتهما هذه فما أخرج الله تعالى من ذلك فلاحدهما بعينه الثلث منه ولرب الارض الثلثان وللآخر على رب الارض أجر مائة درهم فهو جائز على مااشترطوا لانه استأجر أحدهما ببدل معلوم لعمل مدة معلومة واستأجر الآخر بجزء من الخارج مدة معلومة وكل واحد من هذين العقدين جائز عند الانفراد فكذا عند الجمع بينهما فان أخرجت الارض زرعا كثيرا فاختلف العاملان فقال كل واحد منهما أنا صاحب الثلث فالقول قول رب الارض فى ذلك لان كل واحد منهما يدعى استحقاق الثلث عليه بالشرط فاذا صدق أحدهما فقد أقر له بالثلث وأنكر استحقاق الآخر فالقول قوله ثم لما كان كل واحد منهما يستحق عليه كان القول قوله فى بيان مايستحقه كل واحد منهما عليه من الاجر أو ثلث الخارج وان أقام كل واحد منهما البينة أنه صاحب الثلث أخذ الذى أقر له رب الارض الثلث باقراره وأخذ الآخر الثلث ببينته لانه أثبت ما ادعاه بالبينة ولا شئ له من الاجر لان من ضرورة استحقاقه ثلث الخارج انتفاء الاجر الذى به أقر له رب الارض ولو لم تخرج الارض شيأفقال كل واحد منهما أنا صاحب الاجر فالقول قول رب الارض لما قلنا وان أقاما البينة فلكل واحد منهما على رب الارض مائة درهم لاحدهما باقرار رب الارض له وللآخر باثباته بالبينة ولا يلتفت الى بينة رب الارض فى هذا الوجه ولا فى الوجه الاول مع بينتهما لانهما المدعيان للحق قبله والبينة على المدعى دون المنكر ولو كان دفع الارض اليهما على أن يزرعاها ببذرهما على أن ماخرج منه فلاحدهما بعينه نصفه ولرب الارض عليه أجر مائة درهم وللآخر ثلث الزرع ولرب الارض سدس الزرع فهذا جائز لانه أجر الارض منهما نصفها من أحدهما بمائة درهم ونصفها من الآخر بثلث مايخرجه ذلك النصف وكل واحد من هذين العقدين صحيح عند الانفراد وقد بينا أن باختلاف البدل لا تتفرق الصفقة فى حق صاحب الارض فان زرعها فلم تخرج الارض شيأ فقال كل واحد منهما لرب الارض أنا شرطت لك سدس الزرع فالقول قول كل واحد منهما فيما زعم أنه شرط له لان رب الارض يصدق أحدهما فى ذلك ويدعي على الآخر وجوب الاجر دينا فى ذمته وهذا منكر لذلك فالقول قوله لانكاره مع يمينه وان أقاما البينة أخذ ببينة رب الارض

لانه يثبت للآخر بينته دينا فى ذمته ولو أخرجت زرعا كثيرا فادعى كل واحد منهما انه هو الذى شرط له الاجر وادعى صاحب الارض على أحدهما الاجر وعلى الآخر سدس الزرع فانه يأخذ الاجر من الذى ادعاه عليه لتصادقهما على ذلك وفى حق رب الارض يدعي عليه استحقاق بعض الخارج وهو منكر فالقول قوله ويقال لرب الارض أقم البينة على السدس الذي ادعيته عليه وان أقام البينة أخذ ببينة رب الارض لانه هو المدعي المثبت لحقه ببينته ولو دفع رجل الى رجل أرضا على أن يزرعها ببذره وعمله فما خرج منه فثلثاه للعامل والثلث لاحد صاحبي الارض بعينه وللآخر مائة درهم أجر نصيبه فهو جائز لانه استأجر من أحدهما نصيبه باجر مسمى واستأجر من الآخر نصيبه بثلث ما يخرجه نصيبه وكل واحد منهما مستقيم فان أخرجت زرعا كثيرا فادعي كل واحد من صاحبي الارض أنه صاحب الثلث فالقول قول المزارع لان كل واحد منهما يدعى استحقاق الخارج عليه وان أقام كل واحد من صاحبي الارض البينة كان لكل واحد منهما ثلث الخارج لانه أقر لاحدهما بثلث الخارج والآخر أثبت ببينته استحقاق ثلث الخارج ولا يلتفت الي بينة المزارع مع بينتهما لانهما المدعيان والبينة فى جانب المدعى دون المنكر واذا دفع الرجل الى رجلين أرضا وبذرا على أن لاحدهما بعينه ثلث الخارج وللآخر عشرين قفيزا من الخارج ولرب الارض ما بقي فزرعاها فأخرجت الارض زرعا كثيرا فالثلث للذى سمى له الثلث والثلثان لصاحب الارض وللاخر أجر مثله أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان عقد المزارعة بينه وبين الذى شرط له الثلث صحيح وبينه وبين الاخر فاسد لانه شرط له شرطا يؤدي الي قطع الشركة في الخارج مع حصوله والمزارعة بمثل هذا الشرط تفسد ولكن عقده مع أحدهما معطوف على العقد مع الاخر بحرف العطف وليس بمشروط فيه ففساد العقد بينه وبين أحدهما لا يفسد العقد بينه وبين الاخر فان اختلفا فى الذى شرط له الثلث منهما فالقول قول رب الارض لان كل واحد منهما يدعى الاستحقاق عليه بالشرط وان أقاما البينة كان لكل واحد منهما ثلث الخارج لاحدهما باقرار رب الارض له به وللاخر باثباته بالبينة ولو لم تخرج الارض شيأ كان القول قول رب الارض فى الذى له اجر مثله منهما فان أقام كل واحد منهما البينة على ما ادعى فالبينة بينة رب الارض لان رب الارض صدق أحدهما فيما ادعي عليه من اجر المثل وانما بقيت الدعوى بينه وبين الاخر ورب الارض ببينة تثبت شرط

صحة العقد بينه وبين الآخر والآخر ينفي ذلك ببينته وقد بينا أن البينة التي تثبت شرط صحة العقد تترجح بخلاف ما سبق فهناك كل واحد من العقدين صحيح فلا يكون رب الارض ببينته مثبتا شرط صحة العقد ولو كان صاحب الارض اثنين على مثل هذا الشرط دفعاه الى واحد والبذر من قبل المزارع كان في جميع هذه الوجوه مثل ما بينا من حكم صاحب الارض حين كان البذر من قبله لاستوائهما في المعنى وذلك يتضح لك اذا تأملت والله أعلم

﴿ باب العشر في المزارعة والمعاملة ﴾

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا سنته هذه على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف فأخرجت الارض زرعا كثيرا والارض أرض عشر ففي قياس قول أبي حنيفة على قول من أجاز المزارعة يكون للمزارع نصف الخارج كاملا ويأخذ السلطان عشر جميع الخارج من نصيب صاحب الارض ان كانت تشرب سحا أو تسقيها السماء وان كانت تسقى بدلو أو دالية فنصف عشر جميع الخارج على صاحب الارض لانه مؤاجر لارضه بجزء من الخارج ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله ان من أجر أرضه العشرية فالعشر يكون على الآخر وعندهما العشر في الخارج على المستأجر فهنا أيضا عندهما العشر على كل واحد منهما في الخارج نصفان وان سرق الخارج قبل القسمة أو بعد القسمة فلا عشر عليهما لفوات محل الحق وعند أبي حنيفة رحمه الله عشر جميع الخارج على رب الارض فان سرق الطعام بعد ما حصد أو حرق قبل أن يأخذ السلطان العشر يبطل عن رب الارض نصفه ولزمه في ماله نصفه لان حصة النصف الذي صار للمزارع من العشر صار دينا في ذمة رب الارض فلا يسقط ذلك عنه بهلاك الخارج وفي النصف الذي هو ملك رب الارض العشر باق في عينه فاذا هلك سقط عشر ذلك عنه لفوات المحل وكذلك لو كان البذر من قبل رب الارض فانه مستأجر للعامل بنصف الخارج فيكون عشر الكل عليه عند أبي حنيفة لان العشر مؤنة الارض النامية كالخراج وهو المالك للارض فاذا سرق الطعام بعد الحصاد سقط عنه النصف حصة نصيبه من الخراج وأما حصة نصيب المزارع فصارت دينا في ذمته بتمليكه اياه من المزارع فلا يسقط ذلك عنه بهلاك الخارج ولو أجر أرضه من رجل بمائة درهم يزرعها هذه السنة فأخرجت زرعا كثيرا ثم توى الاجر على المستأجر فعشر جميع الطعام على رب الارض

فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقد صار ذلك دينا فى ذمته وللآخر دين له على المستأجر فان توى دينه على المستأجر فان سرق طعام المستأجر لا يسقط عن المؤاجر العشر الذى صار دينا عليه ولو استحصد الزرع فلم يحصد حتى هلك فالاجر واجب لان وجوب الاجر بالتمكن من استيفاء المعقود عليه وقد تمكن المستأجر من ذلك وقد استوفاه حقيقة ولا عشر على واحد منهما لان وجوب العشر عند الحصاد قال الله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده وانما يصير دينا في ذمة الآجر بعد وجوبه فاذا هلك الخارج قبل الحصاد لم يكن عليه شئ بخلاف ما اذا هلك بعد الحصاد لان العشر قد تقرر وجوبه هنا وصار دينا فى ذمة الآجر وكذلك فى المزارعة اذا هلك الزرع بعد ما استحصد قبل أن يحصد فلا عشر على واحد منهما فى القولين جميعا سواء كان البذر من قبل رب الارض أو من قبل المزارع لان المحل فات قبل أن يأتى وقت وجوب العشر فهو بمنزلة ما لو استهلك النصاب قبل تمام الحول والهلاك هنا فى حق المؤاجر بمنزلة الاستهلاك فى مال الزكاة حتى اذا استهلك بعد تمام الحول فالزكاة دين عليه فاذا هلك هنا بعد الحصاد يكون العشر دينا عليه وكذلك الجواب فى معاملة النخيل والكروم هو مثل الجواب فى المزارعة انه اذا هلك قبل الجذاذ فلا عشر على رب النخيل وان هلك بعد الجذاذ فعشر نصيب العامل دين عليه فى قول أبى حنيفة فان الجذاذ فى الثمار بمنزلة الحصاد فى الزرع وان استهلكه رجل فليس على رب النخيل فى حصته شئ من العشر الا أن يستوفى بدله من المستهلك فحينئذ يؤدى عشره لان المحل فات وأخلف بدلا وان استوفى منه بعض البدل يؤدى العشر بقدر ذلك اعتبارا للجزء بالكل ولو صالح الامام قوما من أهل الحرب على أن صاروا ذمة له ووضع على رؤسهم شيأ معلوما وجعل خراج أراضيهم ونخيلهم وأشجارهم المناصفة فذلك جائز لانه نصب ناظرا للمسلمين وربما يكون خراج المقاسمة أنفع للفريقين من خراج الوظيفة فاذا دفع رجل أرضا مزارعة والبذر منه أو من العامل أو أجرها بدراهم أو أعارها رجلا ليزرعها لنفسه أو دفع الاشجار معاملة كان الجواب فى جميع ذلك على نحو ما بينا فى العشر لان الخراج هنا جزء من الخارج لا يجب الا بعد حصول الخارج حقيقة فيكون بمنزلة العشر فى التخريج على القولين كما بينا بخلاف خراج الوظيفة فانه يجب بالتمكن من الانتفاع وان لم يزرع كان على رب الارض فى الوجوه كلها واذا دفع أرضا من أرض العشر وبذرا الى رجل على أن يزرعها سنته هذه على أن للمزارع

عشرين قفيزا من الخارج فأخرجت الارض زرعا كثيرا فللعامل أجر مثله وعلى رب الارض عشر جميع الخارج لانه استأجر العامل اجارة فاسدة ولو استأجره اجارة صحيحة بدراهم مسماة للعمل كان عشر جميع الخارج على رب الارض فكذلك هنا ولا يرفع مما أخرجت الارض نفقة ولا أجر عامل لان بإزاء ماغرم من الاجر دخل فى ملكه العوض وهو منفعة العامل وصار اقامة العمل باجيره كاقامته بنفسه ولو زرع الارض كان عليه عشر جميع الخارج من غير أن يرفع من ذلك بذرا أو نفقة أنفقها فكذلك أجر العامل ولو كان البذر من العامل كان الخارج له وعليه أجر مثل الارض ثم فى قول أبي حنيفة رحمه الله عشر جميع الخارج على رب الارض وعندهما العشر فى الخارج اعتبارا للاجارة الفاسدة بالاجارة الصحيحة فى القولين ولو دفع اليه الارض على أن يزرعها ببذر منهما فما خرج فهو بينهما نصفان والمزارعة فاسدة لانه جعل منفعة نصف الارض للعامل مقابلة عمله فى النصف الآخر لرب الارض ثم الخارج بينهما نصفان لان البذر بينهما نصفان والخارج نماء البذر وعشر الطعام كله على رب الارض فى قول أبي حنيفة رحمه الله لانه صار مؤاجرا نصف الارض بما شرط بمقابلته من عمله فى النصف الآخر فهو بمنزلة مالو أجرها بدراهم وعندهما العشر فى الخارج ولرب الارض نصف أجر مثل أرضه لانه استوفى منفعة نصف الارض بحكم عقد فاسد ولهذا المعنى يكون العشر فى نصيب العامل على رب الارض فى قول أبي حنيفة لانه قد حصل له منفعة ذلك النصف من الارض وهو أجر المثل ولا أجر للعامل لانه عمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر على غيره ولو دفع الى رجل أرض عشر على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف فاستحصد الزرع ولم يحصد حتى استهلكه رجل أو سرقه وهو مقربه فلا عشر على واحد منهما حتى يؤدى المستهلك ما عليه وما أدى من شئ كان على رب الارض عشره في قول أبي حنيفة رحمه الله سواء كان البذر من قبل العامل أو من قبل رب الارض لان حكم البدل حكم المبدل وسلامته بان يستوفى ممن عليه فأما ماكان دينا فى ذمته فهو كالتاوي وفى قولهما ما خرج من شئ أخذ السلطان عشر ذلك والباقي بينهما نصفان وكذلك لو كانت الارض مما صالح الامام أهلها على أن جعل خراجها نصف الخارج فان خراج المقاسمة بمنزلة العشر وكذلك لو كان أجر أرضه العشرية بدراهم فزرعها المستأجر فاستحصد زرعها ثم استهلكها مستهلك فلاعشر على واحد منهما حتى يؤدى المستهلك ما عليه

من البدل فاذا أدى شيأ منه فعند أبي حنيفة عشر مقدار ماوصل الى المستأجر على رب الارض وعندهما عشر ذلك القدر فى الخارج لان رب الارض فى حكم العشر بمنزلة مالو كان زرعها بنفسه عند أبي حنيفة رحمه الله واذا غصب الرجل أرض عشر أوخراج فزرعها فأخرجت زرعا كثيرا ولم تنقصها الزراعة شيأ فالخارج على الزارع والعشر عليه فى الخارج لان رب الارض لم يسلم له شئ من منفعة الارض ولا كان متمكنا من الانتفاع بها مع منع الغاصب اياه من ذلك فلا يلزمه عشر ولا خراج فاذا تعذر ايجاب ذلك عليه وجب على الغاصب لان المنفعة سلمت له من غير عوض فكما التحق هو بالمالك فى سلامة منفعة الارض له بغير عوض فكذلك في وجوب العشر والخراج عليه ولو كانت المزارعة نقصت الارض فعلى الزارع غرم النقصان لان ذلك الجزء تلف بفعله فيجب عليه ضمانه ثم فى قول أبي حنيفة رحمه الله على ماذكره أبو يوسف عشر جميع ما أخرجت الارض على رب الارض وكذلك ان كانت له أرض خراج فعليه خراجها لان ما استوفى هو من قيمة النقصان منفعة سلمت له باعتبار عمل الزراعة فكان بمنزلة مالو اجر الارض بذلك القدر فعليه العشر والخراج سواء كان ماوصل اليه مثل العشر أو الخراج الواجب أو أقل أو أكثر وهذا يقوى قول من يقول من أصحابنا رحمهم الله ان نقصان الارض عوض عن منفعتها وان الطريق فى معرفة النقصان أن ينظر بكم تؤجر الارض قبل المزارعة وبعدها فمقدار التفاوت هو نقصان الارض وفى هذا اختلاف بين أئمة بلخ فان بعضهم يقولون ان المنفعة عندنا لاتضمن بالاتلاف ولكن النقصان فى حكم بدل جزء فائت من العين وطريق معرفته أن ينظر بكم كانت تشترى تلك الارض قبل الزراعة وبكم تشتري بعدها فتفاوت مابينهما هو النقصان والقول الاول أقرب الى الصواب بناء على الجواب الذى ذكره هنا فانه جعل النقصان بمنزلة الاجرة عند أبي حنيفة وأما فى قول محمد فان كان نقصان الارض مثل الخراج أو أكثر فلرب الارض قيمة النقصان على الغاصب والخراج على رب الارض يعطيه بمايستوفى وان كانت قيمة النقصان أقل من الخراج فالخراج على الغاصب وليس عليه شئ من النقصان لرب الارض فكأنه استحسن ذلك لدفع الضرر عن رب الارض فانه لا يمكن ايجاب موجبين على الغاصب بسبب زراعة واحدة فيجعل كأنه لم يتمكن نقصان فى الارض حتى يجب الخراج على الغاصب ولا يتضرر به رب الارض وأما العشر على قوله وعلى قول أبي يوسف فى الخارج والخارج للغاصب فيؤدى

عشر الخارج ويغرم لصاحب الارض النقصان مع ذلك كما يغرم الاجر لو كان استأجرها منه وقع فى بعض نسخ الاصل الجمع بين الخراج والعشر فى تخريج قول محمد رحمه الله وهو سهو انما الصحيح ماذكرناه والله أعلم

باب المعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل نخلا معاملة سنين معلومة بالنصف فهو جائز على قول من يرى جواز المزارعة وكذلك معاملة الشجر والكرم والرطاب فى قول علمائنا رحمهم الله وقال الشافعي لاتجوز المعاملة الا فى النخيل والكروم خاصة لان جواز ذلك بالاثر وانما ورد الاثر فى النخيل والكروم وهو مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر ولكن هذا فاسد فقد كان أهل خيبر يعملون في الاشجار والرطاب أيضا كما يعملون فى النخيل والكروم ثم هذا الكلام انما يستقيم ممن لايرى تعليل النصوص فاذا كان الشافعي يرى تعليل النصوص فلا يستقيم منه معنى فيصير حكم المعاملة على النخيل والكروم باعتبار ان الاثر ورد فيها فان أراد صاحب النخيل أن يخرج العامل لم يكن له ذلك الا من عذر بخلاف مالو دفع الارض والبذر مزارعة لان صاحب البذر يحتاج الى ان يلقى بذره فى الارض وفيه اتلاف ملكه فله أن لايرضى به وهنا صاحب النخيل لايحتاج فى ايفاء العقد الى اتلاف شئ من ماله فيلزم العقد فى الجانبين بنفسه ولا ينفرد أحدهما بفسخه الا بعذر كسائر الاجارات والعذر هنا أن يلحقه دين فادح لاوفاء عنده الا ببيع النخيل أو يكون العامل سارقا معروفا بالسرقة يخاف منه على أخذ سعف النخل وسرقته أو على سرقة الثمار قبل الادراك وقد بينا أن هذا عذر فى سائر الاجارات نحو اجارة التاثر لما يلحقه فيه من ضرر لم يلزمه بالعقد فكذلك فى المعاملة وان كان الثمر قد خرج ولم يبلغ ثم لحقه دين لاوفاء عنده الا ببيع النخيل لم يكن له أن ينقض المعاملة ولا يبيعه حتى يبلغ الثمر فيباع نصيب صاحب النخل من النخل من الثمر فى الدين وتنتقض المعاملة فيما بقى وقد تقدم نظيره فى المزارعة والمعنى فيهما سواء فان الشركة انعقدت بينهما فى الثمر ولادراكه نهاية معلومة ففى الانتظار توفير المنفعة ودفع الضرر من الجانبين وفى نقض المعاملة فى الحال اضرار بالعامل من حيث ان فيه ابطال حقه من نصيب الثمر فلدفع الضرر قلنا يخرج رب النخيل من الشجر وتبقى المعاملة بينهما الى أن يدرك ماخرج

من الثمر ولو أراد العامل ترك العمل قبل خروج الثمر لم يكن له ذلك الا أن يمرض مرضا يضعف عن العمل معه فيكون هذا عذرا ولا يقال ينبغى أن يؤمر فى المرض أن يستأجر عاملا ليقيم العمل لان فى ذلك الحاق ضرر به لم يلتزمه بعقد المعاملة واذا كان عليه فى ايفاء العقد ضرر فوق ما التزمه يصير ذلك عذرا فى فسخ المعاملة قال فى الاصل أو يريد سفرا أو يترك ذلك العمل فيكون هذا عذرا له وقد بينا فى أول الكتاب ان فى هذا الفصل روايتين وتأويل ما ذكر هنا أن العمل كان مشروطا بيده ولو دفع الى رجل نخلا أو شجرا أو كرما معاملة بالنصف ولم يسم الوقت جاز استحسانا على أول ثمرة تخرج فى أول سنته وفي القياس لا يجوز لان هذا استئجار للعامل وبهذا لا يصير المعقود عليه معلوما الا ببيان المدة فاذا لم يبينا لا يجوز العقد كما فى المزارعة ووجه الاستحسان أن لادراك الثمر أوانا معلوما فى العادة ونحن نتيقن ان ابقاء العقد مقصود ههنا الى ادراك الثمار والثابت بالعادة كالثابت بالشرط فصارت المدة معلومة وان تقدم أو تأخر فذلك يسير لا يقع بسببه منازعة بينهما فى العادة بخلاف المزارعة فان آخر المدة هناك مجهول لجهالة أولها لان ما يزرع فى الخريف يدرك فى آخر الربيع وما يزرع فى الربيع يدرك فى آخر الصيف وما يزرع في الصيف يدرك فى آخر الخريف فلجهالة وقت ابتداء عمل المزارعة يصير وقت النهاية مجهولا وهذه الجهالة تفضى الى المنازعة بينهما فلهذا لا يجوز العقد الا ببيان المدة ثم فى المعاملة يتيقن ان العقد تناول أول ثمره وفيما وراء ذلك شك فلا يثبت الا المتيقن واذا لم يخرج ثمره في تلك السنة انتقضت المعاملة لان العقد لا يتناول الا ذلك القدر من المدة فكأنهما نصا على ذلك ولو دفع اليه أصول رطبة ثابتة فى الارض معاملة ولم يسم الوقت فهو فاسد لان الرطبة ليست لها غاية ينتهى اليها نموها ولكنها تنمو ما تركت فى الارض بخلاف الثمار فان لها غاية تنتهى اليها فاذا تركت بعد ذلك تفسد فان كانت للرطبة غاية معلومة تنتهى اليها فى نباتها حتى تقطع ثم تخرج بعد ذلك فهذه معاملة جائزة والمعاملة فى ذلك على أول جزة كما فى الثمار وكل شئ من هذا آخرنا فليس لواحد منهما أن ينقض المعاملة الا من عذر لان المعلوم بالعادة من المدة لما جعل كالمشروط لما فى جواز العقد فكذلك فى لزومه ولو دفع اليه نخلا فيه طلع معاملة بالنصف أو لم يسم الوقت أو دفعه اليه بعد ما صار بسرا أخضر أو أحمر غير انه لم يتنه عظمه فهو جائز لانه بحيث ينمو بعمل العامل وله نهاية معلومة فيجوز العقد باعتباره ولو دفع اليه بعد ما تناهى عظمه وليس يزيد بعد ذلك قليلا ولا كثيرا الا انه لم يرطب فالمعاملة

فاسدة لانه لا يزداد بعمله والشركة بعقد المعاملة انما تصح فيما يحدث بعمل العامل أو يزداد بعمله فاذا لم يكن بهذه الصفة كان العقد فاسدا وان عمل فيه العامل فله أجر مثله ولو اشترى من رجل طلعا فى نخل أو بسرا أخضر فتركه فى النخل بغير أمر صاحبه حتى صار تمرا تصدق المشترى بالزيادة لتمكن الخبث فى المشترى بالزيادة الحاصلة فيه من نخل صاحب النخل بغير رضاه ولو اشتراه وهو بسر أحمر قد انتهى عظمه لم يتصدق بشئ لانه لم يزد فيه من النخل شئ وانما النضج واللون والطعم يحدث فيه بتقدير الله تعالى وسبب ذلك على ماجعله الله تعالى سببا الشمس والقمر والكواكب فلا تمكن فيه خبث وانما أورد هذا لايضاح الفصل الاول وقد بينا تمام هذا الفصل فى البيوع ولو دفع اليه رطبة له فى أرض قد صارت بلحا ولم تنته الى أن تجذ فدفعها اليه معاملة على أن يسقيها ويقوم عليها بالنصف ولم يسم وقتا معلوما فهو فاسد الا أن يكون للرطبة غاية معلومة تنتهى اليها فحينئذ يجوز ولو دفع اليه رطبة قد انتهى احرازها على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تخرج بذرها على ان مارزق الله تعالى فى ذلك من بذر فهو بينهما نصفان ولم يسميا وقتا فهو جائز استحسانا لان لادراك البذر أوانا معلوما عند المزارعين والبذر انما يحصل بعمل العامل فاشتراط المناصفة فيه يكون صحيحا والرطبة لصاحبها ولو اشترطا أن الرطبة بينهما نصفان فسدت المعاملة لأنهما شرطا الشركة فيما لا ينمو بعمل العامل والرطبة للبذر بمنزلة الاشجار للثمار فكما أن شرط الشركة فى الاشجار المدفوعة اليه مع الثمار يكون مفسدا للعقد فكذلك هنا ولو كان دفعها اليه وهى قداح لم تتناه والمسئلة بحالها جاز العقد لان الرطبة هنا تنمو بعمله فيجوز اشتراط المناصفة فيه ولادراك البذر أوان معلوم فلا يضرهما ترك التوقيت ولو دفع الى رجل غراس شجرا وكرم أو نخل قد علق فى الارض ولم يبلغ الثمر على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقح نخله فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهذه معاملة فاسدة الا أن يسمى سنين معلومة لانه لا يدرى فى كم تحمل النخل والشجر والكرم والاشجار تتفاوت فى ذلك بتفاوت مواضعها من الارض بالقوة والضعف فان بينا مدة معلومة صار مقدار المعقود عليه من عمل العامل معلوما فيجوز وان لم يبينا ذلك لايجوز ولو دفع اليه نخلا أو كرما أو شجرا قد أطعم وبلغ سنين معلومة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقح نخله ويكسح كرمه على ان النخل والكرم والشجر والخارج كله بينهما نصفان فهذا فاسد لاشتراطهما الشركة فيما هو حاصل لا بعمل العامل وهو الاشجار بمنزلة ما لو دفع الارض مزارعة على

أن تكون الارض والزرع بينهما نصفين ولو دفع اليه أصول رطبه على أن يقوم عليها ويسقيها حتى تذهب أصولها وينقطع نبتها على أن الخارج بينهما نصفان فهو فاسد وكذلك النخل والشجر لانه ليس لذلك نهاية معلومة بالعادة وجهالة المدة فى المعاملة تفسد المعاملة ولو دفع اليه نخلا أو شجرا أو كرما معاملة أشهرا معلومة يعلم انها لا تخرج ثمرة فى تلك المدة بان دفعها أول الشتاء الى أول الربيع فهذا فاسد لان المقصود بالمعاملة الشركة فى الخارج وهذا الشرط يمنع ماهو المقصود فيكون مفسدا للعقد ولو اشترطا وقتا قد يبلغ الثمر فى تلك المدة وقد يتأخر عنها جاز لانا لانعلم تفويت موجب العقد فهذا الشرط انما يوهم ذلك وهذا التوهم فى كل معاملة ومزارعة فقد يصيب الزرع والثمار آفة سماوية فان خرج الثمر فى تلك المدة فهو بينهما على ماالشترطا وان تأخر عن تلك المدة فللعامل أجر مثله فيما عمل ان كان تأخير ذلك ليس من ذهاب فى تلك السنة لانه تبين انهما سميا من المدة مالاتخرج الثمار فيها ولو كان ذلك معلوما عند ابتداء العقد كان العقد فاسدا فكذلك اذا تبين فى الانتهاء وبهذا يستدل على جواب مسئلة السلم انه اذا انقطع المسلم فيه من أيدي الناس فى خلال المدة بآفة فانه يتبين به فساد العقد بمنزلة مالو كان منقطعا عند ابتداء العقد وان كان قد أحال فى تلك السنة فلم يخرج شيئا فهذه معاملة جائزة ولا أجر للعامل فى عمله ولا شيء له لانه انما حصل من الآفة لا يتبين ان الثمار كانت لا تخرج فى المدة المذكورة واذا لم يتبين المفسد بقي العقد صحيحا وموجبه الشركة فى الخارج فاذا لم يحصل الخارج لم يكن لواحد منهما على صاحبه شيء وان كان قد خرج فى تلك السنة ولم يحل الا أن الوقت قد انقضى قبل أن يطلع الثمر فللعامل أجر مثله فيما عمل لانه تبين المفسد للعقد وهو انهما ذكرا مدة كانت الثمار لا تخرج فيها ولو كان هذا معلوما فى الابتداء كان العقد فاسدا فكذلك اذا تبين فى الانتهاء فى المعاملة الفاسدة للعامل أجر مثله فيما عمل لان رب النخيل استوفى عمله بعقد فاسد والله أعلم

باب من المعاملة أيضا

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا بيضاء سنين مسماة على أن يغرسها نخلا وشجرا وكرما على ان ما أخرج الله تعالى من ذلك من نخل أو شجر وكرم فهو بينهما نصفان وعلى ان الارض بينهما نصفان فهذا كله فاسد لاشتراطهما الشركة فيما كان حاصلا

لا بعمله وهو الارض فان قبضها وغرسها فأخرجت ثمرا كثيرا فجميع الثمر والغرس لرب الارض وللغارس قيمة غرسه وأجر مثله فيما عمل وقد بينا فى المسئلة طريقين لمشايخنا رحمهم الله فى كتاب الاجارات احداهما انه اشترى منه نصف الغرس بنصف الارض والاخرى انه اشترى منه جميع الغرس بنصف الارض والاصح فيه انه استأجره ليجعل أرضه بستانا بآلات نفسه على أن يكون أجره نصف البستان الذى يظهر بعمله وآلاته وذلك فى معنى قفيز الطحان فيكون فاسدا ثم الغراس عين مال قائمة كانت للعامل وقد تعذر ردها عليه للاتصال بالارض فيلزمه قيمتها مع أجر مثل عمله فيما عمل بمنزلة ما لو دفع الى خياط ظهارة على أن يبطنها أو يحشوها ويخيطها جبة بنصف الجبة كان العقد فاسدا وكانت له قيمة البطانة والحشو وأجر مثل عمله فيما عمل وكذلك لو لم يشترط له من الارض شيأ ولكنه قال على أن يكون لك على مائة درهم أو شرط عليه كر حنطة أو شرط له نصف أرض أخرى معروفة فالعقد فاسد فى هذا كله لجهالة الغراس الذى شرطه عليه وكذلك هذا فى الزرع ولو دفع اليه أرضا على أن يزرعها سنته هذه كرا من حنطة بالنصف وعلى أن للمزارع على رب الارض مائة درهم كان العقد فاسدا لاشتراط الاجر المسمى للمزارع مع نصف الخارج ثم الخارج كله لرب الارض وعليه كر حنطة مثل الكر الذى بذره المزارع وأجر مثل عمله فيما عمل أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان عمل المزارع فى ذلك لرب الارض بامره فيكون كعمل رب الارض بنفسه وكذلك لو كان الغرس عند رب الارض واشترط ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان وعلى أن للعامل على رب الارض مائة درهم فهو فاسد لاشتراط أجر المسمى للعامل مع الشركة فى الخارج فانه لو صح هذا كان شريكا فى الخارج فلا يستوجب الاجر بعمله فيما هو شريك فيه واذا عمل على هذا فالخارج كله لرب الارض وللعامل أجر مثله وكذلك لو شرط كر حنطة وسط أو شرط أن الارض بينهما نصفان ولو كان الغرس من قبل العامل وقد اشترط أن الخارج بينهما نصفان على أن لرب الارض على المزارع مائة درهم فهذا فاسد لاشتراط الاجر المسمى لصاحب الارض مع الشركة فى الخارج فانه لو صح ذلك كان هو يستوجب أجر الارض للعامل فيما هو مشغول من الارض بنصيب رب الارض من الغراس وذلك لا يجوز ثم الخارج كله للعامل ولرب الارض أجر مثل أرضه لان العامل هنا استأجر الارض وعمل فيها لنفسه حين شرط لرب الارض على نفسه أجرا مائة درهم مع

بعض الخارج فيكون عاملا لنفسه وقد استوفى منفعة الارض بحكم عقد فاسد فعليه أجر مثل الارض بخلاف ما تقدم ولو كان الغرس والبذر من رب الارض على ان الخارج بينهما نصفان وعلى أن لرب الارض على الزارع مائة درهم فهو فاسد أيضا ثم الخارج كله للعامل ولرب الارض أجر مثل أرضه وقيمة غرسه وبذر مثل بذره على الزارع لانه كالمشترى للبذر والغرس ببعض المائة التى شرطها له على نفسه فيه وظهر أنه عامل لنفسه وأنه مستأجر للارض مشتر للغرس والبذر بالمائة وبنصف الخارج فقسد العقد لجهالة العرض ثم صار قابضا للغرس والبذر بحكم عقد فاسد وقد تعذر عليه رده فيلزمه القيمة فيما لامثل له والمثل فيما له مثل ويلزمه اجر مثل الارض وعليه أن يتصدق بالفضل لانه رباه في أرض غيره بعقد فاسد وكذلك لو شرط له الغارس مكان المائة حنطة أو شيأ من الحيوان بعينه أو بغير عينه فالكل فى المعنى الذى يفسد به العقد سواء ولو دفع اليه الارض على أن يغرسها المدفوع اليه لنفسه ما بداله من الغرس ويزرعها ما بدا له على أن الخارج بينهما نصفان وعلى أن للغارس على رب الارض مائة درهم أو سمي شيأ غير المائة فهو فاسد والخارج كله للغارس ولرب الارض أجر مثل أرضه لان رب الارض وان صار كالمشترى للغراس والبذر بما شرط له على نفسه من المال المسمى ولكنه لم يملكه لفساد العقد وانعدام القبض من جهته فيكون الغارس عاملا لنفسه فكان الكل له بخلاف ماسبق فهناك الغارس يصير قابضا لما اشتراه شراء فاسدا *فان قيل هنا ينبغى أن يصير رب الارض قابضا أيضا باتصاله بارضه* قلنا ابتداء عمله فى الغرس والزرع يكون لنفسه لانه ملك له قبل أن يتصل بالارض ثم هو فى يد الغارس حقيقة والمشترى شراء فاسدا وان كان يملك المشترى بالقبض فرده مستحق شرعا لفساد العقد فلا يجوز جعله فى يد المشترى حكما مع كونه فى يد البائع حقيقة لان يد البائع فيه يد بحق ويد المشترى محرم شرعا فاما فيما سبق فبنقض العامل يخرج من يد رب الارض ويصير العامل قابضا له حقيقة وكذلك لو لم يشترط المائة واشترط أن الارض بينهما نصفان ولو كان البذر والغرس من رب الارض على أن يغرسه ويبذره العامل لرب الارض على أن ما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان وعلى أن لرب الارض على العامل أجرا مائة درهم فهو فاسد والخارج كله لرب الارض وللعامل أجر مثل عمله لانه صرح فى كلامه بما ينفى بيع الغرس والبذر منه فانه شرط أن يعمل فيها لرب الارض وانما يكون عاملا لرب الارض اذا كان الغرس والبذر

من جهته فعرفنا انه ماباع شيأ من ذلك من العامل ولكنه استأجره للعمل بنصف الخارج وشرط عليه بازاء نصف الخارج لنفسه أيضا مائة درهم فكان فساد العقد من قبل أن العامل اشترى منه بعض الخارج الذي هو معدوم بالمسمي من المائة فكان الخارج لرب الارض وللعامل أجر مثل عمله ولو دفع اليه نخلا معاملة سنين مسماة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما أخرج الله تعالى من ذلك من شئ فهو بينهما نصفان وعلى أن لرب الارض على العامل مائة درهم أواشترط العامل على رب الارض مائة درهم فهو فاسد لاشتراط الارض المسماة مع بعض الخارج لاحدهما والخارج كله لصاحب النخل لانه تولد من نخيله وكذلك لو كان قال للعامل اعمل ذلك لنفسك أو قال اعمل لى أو قال اعمل ولم يقل لى ولا لك فهو سواء لان النخيل مملوكة لصاحبها فيكون العامل فى الوجوه كلها عاملا له سواء صرح بذلك أو بخلافه والله أعلم

باب الارض بين الرجلين يعملان فيها أو أحدهما

(قال رحمه الله) واذا كانت الارض بين رجلين فاشترطا على أن يعملا فيها جميعا سنتهما هذه ببذرهما وبقرهما فما خرج فهو بينهما نصفان فهو جائز لان كل واحد منهما عامل فى نصيبه من الارض ببذره وبقره غير موجب لصاحبه شيأ من الخارج منه فان اشترطا أن الخارج بينهما أثلاثا كان فاسدا لان الذى شرط لنفسه الثلث كانه دفع نصيبه من الارض والبذر الى صاحبه مزارعة بثلث الخارج منه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للعقد ولان ماشرط من الزيادة على النصف لصاحب الثلثين يكون أجره له على عمله وانما يعمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر فيما هو شريك فيه على غيره ولو كان البذر منهما أثلاثا والخارج كذلك كان جائزا لان الذى شرط لنفسه ثلث الخارج كانه أعار شريكه ثلث نصيبه من الارض وأعانه ببعض العمل وذلك جائز ولو اشترطا أن الخارج نصفان كان فاسدا لان الذى كان منه ثلث البذر شرط لنفسه بعض الخارج من بذر شريكه وانما يستحق ذلك بعمله والعامل فيما هو شريك فيه لايستوجب الاجر على غيره اذ هو يصير دافعا سدس الارض من شريكه مزارعة بجميع الخارج منه وذلك فاسد ثم الخارج بينهما على قدر بذرهما وعلى صاحب ثلثى البذر أجر مثل سدس الارض لشريكه لانه استوفى منفعة ذلك القدر من نصيبه من الارض بعقد فاسد ويكون له نصف الزرع طيبا لايتصدق شئ منه

لانه رباه فى أرض نفسه وأما سدس الزرع فانه يدفع منه ربع بذره الذى بذره وما غرم من الاجر والنفقة فيه يتصدق بالفضل لانه رباه فى أرض غيره بعقد فاسد ويكون له نصف الزرع طيبا لايتصدق بشئ منه لانه رباه فى أرض غيره بعقد فاسد ولو كان الخارج والبذر بينهما نصفين والعمل عليهما جميعا الا البقر فانهما اشترطاه على أحدهما بعينه خاصة جاز والخارج بينهما نصفان لان صاحب البقر معين لصاحبه ببقره حين لم يشترط لنفسه شيئا من الخارج من بذر صاحبه ولو اشترطا لصاحب البقر ثلثى الخارج كانت المزارعة فاسدة لان الذي شرط لنفسه الثلث كانه استأجر البقر من صاحبه بثلث الخارج من نصيبه واستئجار البقر في المزارعة مقصودا لايجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما ولصاحب البقر أجر مثل بقره فيما كربت لانها كربت الارض قبل أن تقع الشركة بينهما فى الزرع فكان مستوفيا هذه المنفعة من بقره بحكم عقد فاسد ولو اشترطا البذر من عند أحدهما بعينه والبقر من الآخر والخارج بينهما نصفان لم يجز لان صاحب البقر يصير دافعا أرضه وبقره مزارعة بنصف الخارج وقد شرط فى ذلك عمل رب الارض والبقر مع صاحب البذر وكل واحد من هذين بانفراده مفسد للعقد فاذا حصل الخارج فهو كله لصاحب البذر ولصاحب البقر أجر مثل بقره وأجر مثل عمله وأجر مثل حصته من الارض على صاحب البذر ثم يطيب نصف الزرع لصاحب البذر لانه رباه فى أرض نفسه ويأخذ من النصف الآخر نصف ما غرم لصاحب البقر من أجر مثل بقره وأجر عمله وجميع ماغرم له من أجر مثل الارض ونصف البذر مع نصف ماانفق فيه ويتصدق بالفضل لانه ربى هذا النصف فى أرض غيره بعقد فاسد وكذلك لو اشترطا لصاحب البذر ثلثى الخارج وللآخر ثلث الخارج فهذا وماسبق فى التخريج سواء لاستوائهما فى المعنى واذا دفع الرجلان أرضا لهما وبذرا الى رجل على أن يزرعها سنته هذه فما خرج فنصفه لاحد صاحبي الارض وللآخر الثلث وللعامل السدس فهذه مزارعة فاسدة لان أحد الدافعين صار مستأجرا للعامل أن يعمل فى نصيبه بجزء مما يخرجه نصيب صاحبه فانه شرط لنفسه نصف الخارج وذلك جميع ماتخرجه أرضه وبذره فعرفنا أنه جعل أجر العامل فى نصيبه جزأ من الخارج من نصيب صاحبه وذلك لايجوز والخارج بينهما نصفان على قدر بذرهما وللعامل أجر مثل عمله فيما عمل ولو كان العامل حين اشترط السدس سمى أن ذلك السدس من حصة أحدهما خاصة وهو الذى شرط لنفسه السدس فهذا تصريح

بالمعنى المفسد للعقد فلا يزداد العقد به الا فسادا ولو دفع رجل الى رجل أرضا مزارعة بالنصف
واشترط حفظ الزرع حتى يستحصد على رب الارض والبذر من قبله أو من قبل العامل
فالمزارعة فاسدة لان هذا شرط يعدم التخلية بين الارض وبين العامل في مدة المزارعة
فيفسد به العقد ولو شرط الكراب على رب الارض فان كان البذر من قبل العامل فالعقد
فاسد وان كان من قبل رب الارض فالعقد جائز لانه اذا كان البذر من قبل العامل فالعقد فى
جانب رب الارض يلزم بنفسه وهذا الشرط يعدم التخلية بعد لزوم العقد وان كان من
جانب رب الارض فلزوم العقد فى جانبه انما يكون بعد القاء البذر فى الارض والكراب
يسبق ذلك فكأنه استأجره لعمل الزراعة فى أرض مكروبة واذا كان النخيل بين رجلين
فدفعه أحدهما الي صاحبه سنته هذه على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما خرج من ذلك
فهو بينهما للعامل ثلثاه وللآخر ثلثه فهذا فاسد لان الذي شرط الثلث لنفسه استأجر صاحبه
للعمل فى نصيبه بثلث الخارج من نصيبه وهو انما يعمل فيما هو شريك لنفسه فيه واستئجار
أحد الشريكين صاحبه للعمل فيما هو فيه شريك باطل والخارج بينهما نصفان لا يتصدق
واحد منهما بشئ منه ولا أجر للعامل على شريكه لان قيام الشركة بينهما فيما يلاقيه عمله
يمنع تسليم عمله الى صاحبه ولو كان اشترطا ان الخارج نصفان جاز وكان العامل معينا لشريكه
بعمله فى نصيبه فان كان الذى لم يعمل أمر العامل ان يشترى ما يلقح به النخل فاشتراه رجع
عليه بنصف ثمن ذلك فى المسألتين جميعا لانه وكيل فى شراء نصف ما يلقح به النخل له وقد
أدى الثمن من عنده فيرجع عليه بذلك بخلاف العمل فانه لا قيمة للعمل الا بتسمية العوض
وتسليم تام الى من يكون العمل له والشركة تمنع من ذلك وهو نظير عبد بين اثنين أمر
أحدهما صاحبه بان يشترى له نفقة فينفق عليه بنصف الثمن ولو استأجره ليحلق رأسه باجر
لم يستوجب الاجر على شريكه لهذا المعنى ثم ما يذكر من التلقيح فى النخل أنواع معلومة
عند أرباب النخيل منها ما يشترى فيدق ويذر على مواضع معلومة من النخيل ومنها مايوجد
من فحولة النخل مما يشبه الذكر من بنى آدم ثم يشق النخلة التى تحمل فيغرز ذلك فيها على
صورة الوطء بين الذكور والاناث ولما رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا النوع من
أهل المدينة فاستقبحه ونهاهم عن ذلك فاحشفت النخل فى تلك السنة فقال عهدى بثمار
نخيلكم على غير هذه الصفة قالوا نعم وانما كانت تجيد الثمار بالتلقيح فاتهينا اذ منعتنا فاحشفت

فقال عليه الصلاة والسلام اذا أتيتكم بشئ من أمر دينكم فاعملوا به واذا أتيتكم بشئ من أمور دنياكم فأنتم أبصر بدنياكم وقيل ان النخيل على طبع الآدمى فان النخلة خلقت من فضل طينة آدم عليه الصلاة والسلام على ما قال عليه الصلاة والسلام أكرموا النخلة فانها عمتكم ولهذا لا تثمر الا بالتلقيح كما لا تحمل الانثى من بنات آدم الا بالوطء واذا قطعت رأسها ييبس من ساعتها كالآدمى اذا جز رأسه ولو اشترطا على أن يعملا جميعا فيه ويسقياه ويلقحاه بتلقيح من عندهما هذه السنة فما خرج من ذلك فلاحدهما بعينه الثلثان وللآخر الثلث فهذا فاسد لان أحدهما شرط لنفسه جزأ من الخارج من نصيب صاحبه من غير أن يكون له فيه نخل ولا عمل أو استأجره صاحبه للعمل فيما هو شريك فيه ان كان عمله أكثر من عمل صاحبه ولو دفع نخلا الى رجلين يقومان عليه ويلقحانه بتلقيح من عندهما على ان لاحد العاملين بعينه نصف الخارج وللآخر سدسه ولرب النخل ثلثه فهو جائز لان رب النخل استأجرهما للعمل في نخيله وفاوت بينهما فى الاجر وذلك جائز كما لو استأجر أحدهما للعمل بمائة درهم وللآخر بمائة دينار وكذلك لو اشترطوا ان لاحد العاملين بعينه أجر مائة درهم على رب النخيل وللآخر ثلث الخارج ولرب النخيل ثلثاه أو على عكس ذلك كان جائزا لانه استأجر أحدهما بعينه بأجر مسمى وللآخر بعينه بجزء من الخارج وكل واحد من هذين العقدين يصح عند الانفراد بهذه الصفة فكذا اذا جمع بينهما ولو اشترطوا لصاحب النخل الثلث ولاحد العاقدين بعينه الثلثين وللآخر أجرا مائة درهم على العامل الذي شرط له الثلثين كان هذا فاسدا لان هذا بمنزلة رجل دفع الى رجل نخلا له معاملة هذه السنة على ان لصاحب النخل الثلث وللعامل الثلثين وعلى أن يستأجر العامل فلانا يعمل معه بمائة درهم فهذا شرط فاسد والمعاملة تفسد به لانه اشترط اجارة فى اجارة (ألا ترى) انه لو استأجر رجلا هذه السنة بمائة درهم يقوم على العمل فى نخيله على أن يستأجر فلانا يعمل معه بخمسين درهما كان العقد فاسدا لانه اشترط اجارة في اجارة واشتراط أحد العقدين فى الآخر يكون مفسدا لهما ولو دفع الى رجل أرضا سنته هذه يزرعها ببذره وبقره بالنصف على أن يستأجر فلانا يعمل معه بمائة درهم كان فاسدا ولو كان البذر من قبل صاحب الارض والشرط كما وصفنا كان العقد فاسدا أيضا هكذا ذكرنا هنا وقد تقدم قبل هذا انه اذا كان البذر من قبل المزارع وشرطا ان يعمل فلان معه بثلث الخارج ان العقد جائز بين رب الارض والمزارع وهو فاسد

بين المزارع و بين فلان ولو كان البذر من قبل رب الارض جاز بينه وبين العاملين جميعا وهنا أجاب فى الفصلين جميعا بفساد العقد فمن أصحابنا رحمهم الله من يقول انما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع لانه قال هناك ويعمل معه فلان بثلث الخارج وحرف الواو للعطف فيكون هذا عطف عقد فاسد على عقد جائز لاشتراط أحد العقدين فى الآخر وهناك قال وعلى أن يستأجر فلانا يعمل معه بمائة درهم وحرف على للشرط فيكون أحد العقدين مشروطا فى الآخر والاصح أن يقول هناك المشروط الآخر على صاحب البذر بثلث الخارج فيكون العقد شركة من حيث الصورة وانما يأخذ حكم الاجارة اذا فسدت والشركة لا تفسد بالشروط الفاسدة فلما غلب هناك معنى الشركة صححنا العقد بين رب الارض والمزارع وان فسد العقد بين المزارع والعامل الآخر لاشتراط عمله معه فى المزارعة وهنا انما شرطنا للعامل أجرا مائة درهم فيكون الغالب هنا معنى الاجارة والذى كان بين رب الارض والعامل اجارة فى الحقيقة لانه اما أن يكون اجارة للارض أو استئجارا للعامل فيكون ذلك اجارة مشروطة فى اجارة وذلك مفسد للعقد كما فى المعاملة فان العقد اجارة على كل حال لان رب النخيل استأجر العامل ولهذا يلزم العقد بنفسه من الجانبين فيفسد العقد بينهما باشتراط اجارة فى اجارة ثم الخارج كله لصاحب البذر فان كان هو صاحب الارض فعليه أجر مثل الزارع وأجر مثل الذى عمل معه لانه كان أجيرا له فعمله كعمل المزارع بنفسه وعلى الزارع أجر مثل الذى عمل معه فيما عمل لا يزاد على مائة درهم لانه قد رضى بمقدار المائة وان كان البذر من قبل الزارع فعليه أجر مثل الارض بالغا ما بلغ وأجر مثل الذى عمل معه لا يزاد على مائة درهم وهذا يتأتى على قول محمد رحمه الله فاما على قول أبي يوسف رحمه الله فلا يزاد باجر مثل الارض على نصف الخارج على قياس شركة الاحتطاب وكذلك الشجر يدفعه الرجل الى رجلين معاملة على هذه السنة على أن نصف الخارج لصاحبه والنصف الباقى لاحد العاملين بعينه وللعامل الثانى على شريكه أجر مائة درهم فى عمله فهو فاسد لاشتراط اجارة فى اجارة *يوضح جميع ما قلنا ان اشتراط عمل قيمته مائة درهم على العامل فى جميع هذه المسائل سوى عمله بمنزلة اشتراط مائة درهم عليه لرب الارض والنخل والشجر وذلك مفسد للعقد ولو كان نخل بين رجلين فدفعاه الى رجل سنة يقوم عليه فما خرج فنصفه للعامل ثلثا ذلك النصف من نصيب أحدهما بعينه وثلثه من نصيب الآخر والباقى بين صاحبي

النخل ثلثاه للذى شرط الثلث من نصيبه للعامل وثلثه للآخر فهو على ما اشترطوا لان كل واحد منهما استأجر العامل بجزء معلوم من نصيبه أحدهما بثلثى نصيبه والآخر بثلث نصيبه وذلك مستقيم كما لو استأجره كل واحد منهما باجر مسمي وكان المشروط على أحدهما أكثر من المشروط على الآخر ثم ما شرط على كل واحد منهما لنفسه الا قدر الباقى من نصيبه فلا يتمكن فساد فى هذا الشرط ولو اشترطوا أن نصف الخارج لاحد صاحبي النخل بعينه نصيبه الذى هو له والنصف الآخر للعامل ثلثاه ولصاحب النخل ثلثه فهذه معاملة فاسدة لانهما استأجراه للعمل على أن يكون الاجر على أحدهما بعينه خاصة ثم الخارج بينهما نصفان لا يتصدقان بشئ منه وعليهما أجر مثل العامل فى عمله لهما ولا يقال ينبغى أن لا يجب الاجر على الذى شرط النصف لنفسه لانه ما أوجب للعامل شيأ من نصيبه وهذا لانه استأجره للعمل ولكن شرط أن يكون الاجر على غيره وبهذا الشرط لا يبقى أصل الاجارة فعليه أجر مثله فيما عمل له ولو اشترطوا أن للعامل نصف الخارج ثلثه من نصيب أحدهما بعينه وثلثاه من نصيب الآخر وعلى أن النصف الباقى بين صاحبي النخل نصفين فهو فاسد لان الذى شرط ثلثى نصيبه للعامل لا يبقى له من نصيبه الا الثلث فاشتراط نصف مابقى لنفسه يكون طمعا فى غير مطمع وهو بهذا الشرط يصير كانه جعل بعض ماجعله أجرة للعامل من نصيب صاحبه لانه لا يتصور بقاء نصف النصف له مع استحقاق ثلثى النصف عليه فكانه شرط للعامل ما زاد على نصف النصف أجرة له من نصيب صاحبه وقد ذكر قبل هذا فى المزارعة نظير هذه المسئلة وهو أن يكون الارض والبذر منهما وقال اشتراط المناصفة فى النصف الباقى باطل ويقسم النصف الباقى بينهما على مقدار ما بقى من حق كل واحد منهما وهنا أفسد العقد فاما أن يقال فى الفصلين جميعا روايتان اذ لا فرق بينهما أو يقال هنالك موضوع المسئلة ان أصل البذر غير مشترك بينهما قبل الالقاء فى الارض فالشرط الفاسد بينهما لا يفسد المزارعة بينهما وبين المزارع وهنا أصل النخل كان مشتركا بينهما قبل المعاملة وقد جعلا الشرط الفاسد بينهما مشروطا فى المعاملة فيفسد به العقد ولو اشترطوا أن يقوم عليه العامل وأحد صاحبي النخل بعينه والخارج بينهم اثلاثا فهو فاسد لانها معاملة تنعدم فيها التخلية والعامل من ربى النخيل استأجر العامل ببعض نصيبه على أن يعمل هو معه وذلك مفسد للعقد ولو اشترطوا للذى يعمل من صاحبي النخيل نصف الخارج والباقى بين الآخر والعامل نصفين كان جائزا لان العامل

من ربي النخيل عامل في نخيل نفسه اذ لاعقد بينه وبين العامل ولكن العامل أجر الآخر بنصف نصيبه ليعمل له وذلك جائز ولو اشترطوا أن يعملا جميعا مع العامل على أن الخارج بينهم أثلاث فهو فاسد لان كل واحد منهما استأجر العامل ببعض نصيبه وشرط عمله معه فهذه معاملة لا يوجد فيها التخلية بين النخيل وبين العامل ولو كانا شرطا العمل على العامل وحده في سنة بعد هذه السنة أو بعد ثلاث سنين فهو جائز لان المعاملة بمنزلة الاجارة واضافة الاجارة الى وقت معلوم في المستقبل جائز وعطف العقد الجائز على العقد الفاسد لا يفسد المعطوف لانهما لا يجتمعان في وقت واحد وكذلك المزارعة على هذا من أيهما كان البذر لان في المزارعة استئجار الارض واستئجار العامل ان كان البذر من رب الارض. واذا دفع الرجلان الى الرجلين نخلا لهما معاملة هذه السنة على أن يقوما عليه فما خرج فللعاملين نصفه لواحد منهما بعينه ثلثا ذلك النصف وللآخر ثلثه والباقي بين صاحبي النخل نصفان فهو جائز على ما اشترطوا لانهما استأجرا كل واحد منهما بجزء معلوم من نصيبهما وفاوتا بين العاملين في مقدار الاجر وذلك لا يمنع جواز العقد لانهما يستحقانه بعملهما وقد يتفاوتان في العمل من حيث الحذاقة أو الكثرة ولو اشترطوا أن النصف بين العاملين نصفان وما بقي من صاحبي النخل ثلثه لاحدهما بعينه وثلثاه للآخر فالمعاملة فاسدة لانه لم يبق لكل واحد منهما بعد ما اشترطا للعاملين الا ربع الخارج فاشتراط أحدهما الزيادة على ذلك لنفسه من نصيب صاحبه طمع في غير مطمع اذ هو اشتراط أجرة ببعض أجره عملها له على شريكه وذلك مفسد لعقد المعاملة ولو اشترطوا أن النصف للعاملين من نصيب أحدهما بعينه ثلثا ذلك النصف ومن نصيب الآخر ثلثه والباقي بين صاحبي النخيل ثلثاه للذي شرط الثلث وثلثه للذي شرط الثلثين فهو جائز على ما اشترطوا لان كل واحد منهما استأجر العاملين للعمل في نصيبه بجزء معلوم من نصيبه وما شرط لنفسه الا مقدار الباقي من نصيبه بعد ما شرط للعاملين وهذا ثابت بدون الشرط فلا يزيده الشرط الا وكادة ولو اشترطوا أن النصف الباقي بين صاحبي النخل ثلثاه للذي شرط الثلثين وثلثه للذي شرط الثلث كانت المعاملة فاسدة لان أحدهما شرط لنفسه زيادة على الباقي من نصيبه وذلك منه طمع في غير مطمع وهو بالشرط الثاني كأنه جعل بعض ما استوجبه للعاملين أجرة مشروطة على صاحبه ولو اشترطوا ثلث الخارج لاحد العاملين بعينه وثلثاه لصاحبي النخل وللعامل الآخر اجر مائة درهم على صاحبي النخل جاز لانهما استأجر أحد العاملين بثلث الخارج

وهى معاملة صحيحة واستأجر الخارج الآخر للعمل باجر مسمى وهى اجارة صحيحة ولو كانوا اشترطوا المائة على أحد صاحبي النخل بعينه كانت المعاملة فاسدة لان الذى استأجره أحدهما بالدراهم ان كان استأجره لنفسه فعمل أجيره كعمله بنفسه واشتراط عمله فى المعاملة يفسدها وان كان استأجره ليعمل لهما فاشتراط أجر أجيرهما على أحدهما خاصة يكون مفسدا للعقد وقد جعلا ذلك مشروطا فى المعاملة فالخارج لصاحبي النخل وللعامل على الذى شرط له الثلث أجرمثله بالغا مابلغ على صاحبي النخل لانهما استوفيا عمله بعقد فاسد وتسمية الثلث له بعد فساد العقد لا يكون معتبرا عند محمد رحمه الله فكان له أجر مثله بالغا مابلغ وللعامل الآخر أجر مثله لا يجاوز به مائة درهم على الذى شرط له المائة لانه هو الذي عاقده عقد الاجارة والتزم البدل له بالتسمية ثم يرجع هو على شريكه بنصف ما لزمه من ذلك لانه عمل لهما جميعا بحكم عقد فاسد وهو فى نصيب صاحبه بمنزلة النائب عنه فى الاستئجار فيرجع عليه بما يلحقه من الغرم فى نصيبه ولو كانوا اشترطوا أن المائة على العامل الذي شرطوا له الثلث كانت المعاملة فاسدة وقد بينا هذا فيما اذا كان العامل واحدا انه يفسد العقد لاشتراط الاجارة فى الاجارة فكذلك اذا كان العامل اثنين والخارج لصاحبي النخل وعليهما للذى شرط له الثلث أجرمثله وأجر مثل صاحبه بالغا ما بلغ لان صاحبه أجيره وعمل أجيره يقع له فيكون كعمله بنفسه ولصاحبه عليه أجر مثله لايجاوز به مائة درهم لانه استوفى عمله بعقد فاسد وقد صح رضاه بقدر المائة فلا يستحق الزيادة على ذلك واذا دفع رجل الي رجلين أرضا له هذه السنة يزرعانها ببذرهما وعملهما فما أخرج الله تعالي منها فنصفه لاحد العاملين بعينه وثلثه للآخر والسدس لرب الارض فهو فاسد لانهما استأجرا الارض وشرطا أن يكون جميع الاجر من نصيب أحدهما خاصة فان الآخر شرط لنفسه جميع الخارج من بذره ولو اشترطوا لاحدهما أربعة أعشار الخارج وللآخر الثلث ولرب الارض مابقي فهو جائز لان كل واحد منهما استأجر الارض بجزء معلوم من نصيبه من الخارج أحدهما بخمس نصيبه والآخر بثلث نصيبه وكما يجوز التفاوت فى أجرة العاملين بالشرط فكذلك فى اجارة الارض منهما ولو اشترطوا ان نصف الخارج لاحدهما بعينه ولرب الارض عليه مائة درهم وللآخر الثلث ولرب الارض السدس جاز على ما اشترطوا لان أحدهما استأجر نصف الارض باجر مسمى والآخر بجزء من الخارج وكل واحد منهما صحيح وبسبب اختلاف جنس الاجر أو منفعة العقد لاتتفرق

الصفقة في حق صاحب الارض ولا يتمكن الشيوع ولو اشترطوا على أن ما أخرجت الارض بينهما اثلاث ولرب الارض على أحدهما بعينه مائة درهم كان فاسدا لان الذي التزم المائة جمع لصاحب الارض من نصيبه بين أجر المسمى وبعض الخارج وذلك مفسد للعقد وكذلك لو اشترطوا المائة على رب الارض لهما كان فاسدا لان رب الارض التزم لهما مع منفعة الارض مائة درهم بمقابلة نصف الخارج فقيما يخص المائة من الخارج هو مشترى منهما وشراء المعدوم باطل فقسد العقد لذلك وان اشترطا المائة على رب الارض لاحدهما بعينه وقد اشترطوا ان الخارج بينهم اثلاث فني قياس قول أبي حنيفة رحمه الله على قول من أجاز المزارعة هذه مزارعة فاسدة والخارج لصاحبي البذر ولرب الارض عليهما أجر مثل الارض وفي قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المزارعة بين رب الارض والزارع الذي لم يشرط عليه المال جائزة فيأخذ هو الثلث ورب الارض السدس ويكون نصف الخارج للمزارع الآخر وعليه لرب الارض أجر مثل نصف أرضه لان رب الارض هنا انما صار مشتريا بعض نصيب أحدهما بما شرط له من المائة فانما تمكن المفسد فيما بينهما الا ان من أصل أبي حنيفة رحمه الله أن الصفقة الواحدة اذا فسد بعضها فسد كلها ومن أصلهما أن الفساد يقتصر على ما وجدت فيه العلة المفسدة وقد بينا نظائره في البيوع وقيل بل هذا ينبني على اجارة المشاع فان العقد لما فسد بين رب الارض وبين الذي شرط عليه المائة فلو صح في حق العامل الآخر كان اجاره نصف الارض مشاعا وذلك لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما والاول أصح لان العقد مع الفساد منعقد عندنا فلا يتمكن بهذا المعنى الشيوع في أصل العقد والله أعلم

باب مشاركة العامل مع آخر

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل لرجل نخلا له معاملة هذه السنة على أن يقوم عليه ويسقيه ويلقحه فما خرج منه فهو نصفان ولم يأمره أن يعمل في ذلك برأيه فدفعه العامل الى رجل آخر معاملة على ان للآخر ثلث الخارج فعمل على ذلك فالخارج كله لصاحب النخل وللعامل الآخر على الاول أجر مثله ولا أجر للاول على رب النخل لان العامل الاول خالف أمر رب النخل حين دفعه الى غيره معاملة فان رب النخيل انما رضى بشركته في الخارج لا بشركة الثاني فهو حين أوجب الشركة في الخارج للعامل الثاني صار مخالفا لرب النخل فيما

أمره به بمنزلة الغاصب فلا يستوجب عليه الاجر بعد ماصار غاصبا سواء أقام العمل بنفسه أو بنائبه ثم العامل الاول استأجر الثاني بثلث الخارج وقد حصل الخارج ولم يسلم له لاستحقاق رب النخل ذلك عليه فانه متولد من نخله فلا يستوجب عليه بدون رضاه وهو مارضي بان يستحق الثاني شيئا من الخارج ففسد العقد بينهما لاستحقاق الاجرة فيرجع على العامل الاول باجر مثله فان هلك التمر في يد العامل الآخر من غير عمله وهو في رؤس النخل بآفة أصابته فلا ضمان عليه ولا على الاول لانهما بمنزلة الغاصبين والزيادة المتولدة من عين المغصوب اذا تلفت من غير صنع أحد لا تكون مضمونة وان هلك من عمل الاجير شئ فان كان ذلك عملا خالف فيه ما أمره به العامل الاول فالضمان فيه لصاحب النخل على العامل الآخر دون الاول لانه مباشر للاتلاف وانما أتلفه بفعل أنشأه من عنده ولم يكن مأمورا به من جهة العامل الاول فيقتصر حكم ذلك الفعل عليه كولد المغصوبة اذا أتلفه متلف في يد الغاصب كان الضمان على المتلف دون الغاصب وان هلك في يدي من عمل في شئ لم يخالف فيه ماأمره به الاول فلصاحب النخل أن يضمن أي العاملين شاء لان الثاني وان باشر الاتلاف ولكن كان عاملا ذلك العمل للاول حين استوجب بمعاملته الاجر عليه فيكون عمله كعمل الاول بنفسه فلصاحب العمل أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجع على الاول بما ضمن لانه مغرور من جهته حين عمل له بامره وان ضمن الاول لم يرجع على الاخر لانه حين ضمن صار كالمالك ولو كان رب النخل أمر الاول أن يعمل فيه برأيه والمسئلة بحالها فدفعه الى الآخر جاز لانه فوض الامر الى رأيه على العموم والاشراك والدفع الى الغير معاملة من رأيه ثم نصف الخارج لرب النخل وثلثه للآخر كما أوجبه له الاول من نصيبه وبقي السدس للأول وهو طيب له لانه استحق ذلك بالتزام العمل بالعقد ولو قال رب النخل للاول مارزقك الله فيه من شئ فهو بيننا نصفان أو ما أخرج الله لك أوقال له اعمل فيه برأيك فدفعه الى آخر معاملة بالثلث أو النصف كان جائزا والباقي بعد المشروط للآخر بين الاول وصاحب النخل نصفين كما شرطا لان الذى رزق الله العامل الاول هو الباقي وقد شرطا المناصفة فيه ولو دفع الى رجل أرضا وبذرا مزارعة على ان للمزارع من الخارج عشرين قفيزا ولرب الارض ما بقي وقال له اعمل برأيك فيه أو لم يقل فدفع المزارع الارض والبذر الى رجل بالنصف مزارعة فعمل فالخارج لرب الارض لانه نماء بذره وقد كان

العقد بينه وبين الاول فاسدا باشتراط مقدار معلوم له من الخارج بالعقدين فلا يصح منه
ايجاب الشركة للثانى فى الخارج سواء قال له اعمل فيه برأيك أولم يقل لانه أجيره لاشريكه
فى الخارج واذا لم يصح منه اشراك الثانى فى الخارج لم يصر مخالفا لصاحب الارض والبذر فيما
فعله فيكون الخارج كله لرب الارض وللآخر على الاول أجر مثله لانه استأجره بثلث
الخارج وقد حصل الخارج ثم استحقه رب الارض وللاول على رب الارض أجر مثل ذلك
العمل لانه لما لم يصر مخالفا لرب الارض كان عمل أجيره كعمله بنفسه وقد سلم ذلك لرب
الارض بعقد فاسد وكذلك ان لم تخرج الارض شيأ لان بفساد العقد الاول يفسد العقد
الثانى فالثانى انما أقام العمل بحكم اجارة فاسدة فيستوجب أجر المثل على من استأجره وان
لم تخرج الارض شيأ كما لو استأجره رب الارض اجارة فاسدة ولو دفع اليه الارض
والبذر مزارعة بالنصف وقال اعمل فيه برأيك أولم يقل فدفعها الى آخر مزارعة على أن للآخر
منه عشرين قفيزا فالمزارعة بين الاول والثانى فاسدة وللثانى على الاول أجر مثل عمله
والخارج بين الاول ورب الارض نصفان لان العقد بينهما صحيح وعمل أجيره كعمله بنفسه
والاول لايصير مخالفا وان لم يكن رب الارض قال له اعمل فيه برأيك لانه انما يصير مخالفا
بايجاب الشركة للغير فى الخارج ولم يوجد ذلك ولو دفع اليه أرضا على أن يزرعها ببذره وعمله
بعشرين قفيزا من الخارج والباقى للمزارع أو كان شرط أقفزة للمزارع والباقى لرب
الارض فدفعها المزارع الى آخر مزارعة بالنصف والبذر من عند الاول أو من عند الآخر
فعمل فالخارج بين المزارعين نصفان لان الاول مستأجر للارض اجارة فاسدة فيصح منه
استئجار العامل للعمل فيه أو اجارتها من غيره بالنصف اذا كان البذر من عند الآخر لان
الفاسد من العقد معتبر بالجائز فى حكم التصرف فالخارج بين المزارعين نصفان ولرب الارض
أجر مثل أرضه على الاول ولو لم يعمل الآخر فى الارض بعد ما تعاقدا المزارعة حتى أراد
رب الارض أخذ الارض وبعض ماتعاقدا عليه كان له ذلك لان العقد بينه وبين الاول
اجارة فاسدة والاجارة تنقض بالعذر فان كان البذر فى العقد الثانى من عند الآخر ينقض
العقد الثانى بينه وبين الآخر لاستحقاق نقض العقد الاول بسبب الفساد وان كان البذر
من عند الاول ينقض استئجار الاول للثانى لفساد العقد أيضا فان كان الآخر قد زرع لم يكن
لرب الارض أخذ أرضه حتى يستحصد الزرع لان المزارع الآخر محق فى القاء البذر فى

الارض وفى القلع اضرار به من حيث ابطال حقه فيتأخر ذلك الى أن يستحصد ولو كان رب الارض دفعها الى الاول مزارعة بالنصف وقال له اعمل فيها برأيك أو لم يقل فدفعها الاول وبذرا معها الى الثانى مزارعة بعشرين قفيزا من الخارج شرطاه للثانى أو للاول فالعقد الثانى فاسد وللاخر على الاول أجر عمله والخارج بين رب الارض وبين الاول نصفان لان اقامته العمل بأجيره كاقامته بنفسه واستئجار الارض بنصف الخارج كان صحيحا بينهما ولو كان البذر من الاخر كان الخارج كله له لان العقد بينه وبين الاول فاسد والخارج نماء بذره وعليه للاول اجر مثل الارض لان الاول أجر الارض منه اجارة فاسدة وقد استوفى منافعها وعلى الاول لرب الارض أجر مثل الارض لانه أجر الارض بنصف الخارج وقد حصل الخارج ثم استحقه الاخر فيرجع رب الارض على الاول بأجر مثل أرضه ولو دفع الى رجل نخلا له معاملة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك أو لم يقل فدفعه العامل الى آخر معاملة بعشرين قفيزا من الخارج فالخارج بين الاول وصاحب النخل نصفان وللاخر على الاول أجر مثله لفساد العقد الذى جرى بينه وبين الاخر ثم الاول هنا لم يصر مخالفا لرب النخل بالدفع الى الثانى وانما يصير مخالفا بايجاب الشركة للغير فى الخارج ولم يوجد حين وجد العقد الثانى وكان عمل أجيره كعمله بنفسه فلهذا كان الخارج بينه وبين صاحب النخل نصفين ولو كان الشرط فى المعاملة الاولى عشرين قفيزا لاحدهما بعينه وفى الثانية النصف فالخارج لصاحب النخل لان العقد الاول فاسد فيفسد به العقد الثانى اذ الاول ليس بشريك فى الخارج فلا يكون له أن يوجب الشركة لغيره فى الخارج واذا لم تجز الشركة للثانى لم يصر الاول مخالفا فيكون الخارج كله لصاحب النخل وللآخر على الاول أجر عمله وللاول على صاحب النخل أجر ما عمل الآخر ولا ضمان عليهما فى ذلك لانعدام سبب الضمان وهو الخلاف والله أعلم

باب مزارعة المرتد

(قال رحمه الله) واذا دفع المرتد أرضه وبذره الى رجل مزارعة بالنصف فعمل على ذلك وخرج الزرع فان أسلم فهو على ما اشترطا وان قتل على ردته فالخارج للعامل وعليه ضمان البذر ونقصان الارض للدافع فى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله على قول من أجاز

المزارعة أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج وعلى قولهما هذه المزارعة صحيحة والخارج بينهما على الشرط وهو بناء على اختلافهم فى تصرفات المرتد عندهما تنفذ تصرفاته كما تنفذ من المسلم وعند أبى حنيفة يوقف لحق ورثته فان أسلم نفذ عقد المزارعة بينهما فكان الخارج على الشرط وان قتل على ردته بطل العقد وبطل أيضا اذنه للعامل فى القاء البذر فى الارض لان الحق فى ماله لورثته ولم يوجد منهم الرضا بذلك فيصير العامل بمنزلة الغاصب للارض والبذر فيكون عليه ضمان البذر ونقصان الارض أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج والخارج كله له لانه ملك البذر بالضمان وان كان البذر على العامل وقتل المرتد على ردته فان كان فى الارض نقصان غرم العامل نقصان الارض لان اجارة الارض بطلت حين قتل على ردته وكذلك الاذن الثابت فى ضمنه فيكون صاحب الارض كالغاصب للارض والزرع كله له وان لم يكن فى الارض نقصان فالقياس أن يكون الخارج له ولا شئ عليه لانه بمنزلة الغاصب والغاصب للارض لا يضمن شيأ الا اذا لم يتمكن فيها نقصان وفى الاستحسان يكون الخارج على الشرط بين العامل وورثة المرتد لان ابطال عقده كان لحق ورثته فى ماله والنظر للورثة هنا فى تنفيذ العقد لانه اذا نفذ العقد سلم لهم نصف الخارج واذا بطل العقد لم يكن لهم شئ فنفذ عقده استحسانا بخلاف الاول فهناك لو نفذ العقد لم يجب لهم نقصان الارض وربما كان نقصان الارض أنفع لهم من نصف الخارج وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه للعمل فان هلك فى العمل كان المستأجر ضامنا قيمته ولا أجر عليه وان سلم وجب الاجر استحسانا لان ذلك أنفع للمولى وهذا القياس والاستحسان على قول أبى حنيفة رحمه الله وأما عندهما فالمزارعة صحيحة فان كان المرتد هو المزارع والبذر منه فالخارج له ولا شئ لرب الارض من نقصان الارض والبذر وغيره اذا قتل المرتد فى قول أبى حنيفة رحمه الله لان رب الارض سلطه على عمل الزراعة وهو تسليط صحيح وشرط لنفسه عليه عوضا بمقابلته وقد بطل التزامه للعوض حين قتل على ردته لحق ورثته فلهذا كان الخارج لورثة المرتد لانه نماء بذر المرتد ولا شئ عليهم لرب الارض وان كان البذر من قبل الدافع فالخارج على الشرط فى قولهم جميعا لان صاحب الارض مستأجر للمرتد بنصف الخارج وحق ورثته لا يتعلق بمنافعه (ألا ترى) أنه لو أعان غيره لم يكن لورثته عليه سبيل ولان المنفعة للورثة فى تصحيح العقد هنا فانه لو لم تصح اجارته نفسه لم يكن لورثته من الخارج شئ والحجر بسبب الردة لا يكون فوق

المأجر بسبب الرق ولو كانا جميعا مرتدين والبذر من الدافع فالخارج للعامل وعليه غرم البذر ونقصان الارض لان العامل صار كالغاصب للارض والبذر حين لم يصح أمر الدافع اياه بالزراعة فيكون الخارج له وعليه غرم البذر ونقصان الارض لورثة الدافع ولو أسلما أو أسلم صاحب البذر كان الخارج بينهما على الشرط كما لو كان مسلما عند العقد وهذا لان العامل أجير له فاسلام من استأجره يكفى لفساد العقد سواء أسلم هو أو لم يسلم وان كان البذر من العامل وقد قتل على الردة كان الخارج له وعليه نقصان الارض لان اذن الدافع له فى عمل الزراعة غير صحيح فى حق ورثته فيغرم لهم نقصان الارض وان لم يكن فيها نقصان فلا شئ لورثة رب الارض لان استئجار العامل الارض بنصف الخارج من بذره باطل لحق ورثته وكذلك اذا أسلم رب الارض فهو بمنزلة ما لو كان مسلما فى الابتداء وان أسلما أو أسلم المزارع وقتل الاخر على الردة ضمن المزارع نقصان الارض لورثة المقتول على الردة لان أمره اياه بالمزارعة غير صحيح فى حق الورثة وان لم ينقصها شيأ فالقياس فيه ان الخارج للمزارع ولا شئ لرب الارض ولا لورثته لبطلان العقد حين قتل رب الارض على ردته وفى الاستحسان الخارج بينهما على الشرط لان معنى النظر لورثة المقتول فى تنفيذ العقد هنا كما بينا وعند أبى يوسف ومحمد الخارج بينهما على الشرط ان قتلا أو أسلما أو لحقا بدار الحرب أو ماتا وكذلك قول أبى حنيفة رحمه الله فى مزارعة المرتدة ومعاملتها لان تصرفها بعد الردة ينفذ كما ينفذ من المسلمة بخلاف المرتد واذا دفع المرتد الى مرتد أو مسلم نخيلا له معاملة بالنصف فعمل على ذلك ثم قتل صاحب النخيل على ردته فالخارج لورثته لانه تولد من نخل هم أحق به ولا شئ للعامل لان المرتد كان استأجره ببعض الخارج وقد بطل استئجاره حين قتل على ردته لحق ورثته ولو كان صاحب النخيل مسلما والعامل مرتدا فقتل على ردته بعد ما عمل أو مات أو لحق بدار الحرب أو أسلم فهو سواء والخارج بينهما على الشرط لان المرتد أجر نفسه ببعض الخارج ولا حق لورثته فى منافعه وفى تنفيذ هذا العقد منفعة ورثته ولو كانا عقدا المزارعة والمعاملة فى جميع هذه الوجوه وهما مسلمان والبذر من الدافع أو العامل ثم ارتد أحدهما أيهما كان ثم عمل العامل وأدرك الزرع ثم قتل على الردة كان الخارج بينهما على الشرط عندهم جميعا لان ردته انما توجب التوقف فى التصرفات التى ينشئها بعد الردة فاما ما نفذ من تصرفاته قبل الردة فلا يتغير حكمه بردته فوجود الردة فى حكم تلك التصرفات كعدمها

باب مزارعة الحربى

(قال رحمه الله) واذا دخل الحربى دار الاسلام بامان فدفع اليه رجل أرضا له وبذرا مزارعة هذه السنة بالنصف فهو جائز والخارج بينهما على ما اشترطا لانه التزم أحكامنا فى والمعاملات ما دام فى ديارنا والمزارعة اجارة أو شركة وكل واحدة منهما معاملة تصح بين المسلم والحربى فى هذه المدة لان الحول كامل لاستيفاء الجزية والكافر لا يمكن من المقام فى دارنا تمام مدة استيفاء الجزية بغير جزية فيتقدم اليه فى الخروج فان أقام سنة بعد ما تقدم اليه وضع عليه الخراج وجعله ذميا ولم يدعه يرجع الى دار الحرب ولو اشترى الحربى المستأمن أرضا عشرية أو خراجية فدفعها الى مسلم مزارعة جاز والخارج بينهما على ما اشترطا ويوضع عليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله فى أرضه الخراج ولا يترك أن يخرج الى دار الحرب بل يجعله ذميا لان خراج الرؤس تبع لخراج الاراضي فاذا التزم خراج الارض كان ملتزما خراج الرأس أيضا والاختلاف بينه وبين صاحبيه رحمهم الله فيما اذا كانت الارض عشرية وقد تقدم بيانه فى كتاب الزكاة فيما اذا كان المشترى ذميا فكذلك اذا كان المشترى مستأمنا ولو دخل المسلم دار الحرب بامان فاشترى أرضا من أهل الحرب فدفعها الى حربى مزارعة أو أخذ المسلم أرض الحربى مزارعة بالنصف جاز لانه يسامهم ما دام فى دار الحرب بالشركة والاجارة والمزارعة لا يخرج منها ‌* ولو كان اشترط لاحدهما عشرون قفيزا من الخارج جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد يأخذها من سميت له من الخارج والباقى للآخر ان بقى شىء وفى قول أبى يوسف المزارعة فاسدة والخارج لصاحب البذر وللآخر الاجر اذا أسلم وخرج الينا وهو بناء على ان العقود التى تفسد بين المسلمين كعقد الربا هل يجرى بين المسلم والحربى فى دار الحرب وقد بيناه فى كتاب الصرف والمزارعة بين المسلمين التاجرين فى دار الحرب بمنزلتها فى دار الاسلام لانهما مخاطبان باحكام الاسلام ومعنى الاحراز فى مالهما قائم ومباشرتهما المزارعة فى دار الحرب وفى دار الاسلام سواء فيما يصح ويفسد والمزارعة بين مسلم تاجر فى دار الحرب وبين رجل أسلم هناك جائزة بالنصف وكذا بعشرين قفيزا من الخارج لاحدهما فى قول أبى حنيفة خلافا لابى يوسف ومحمد بمنزلة عقد الربا بين التاجر فى دار الحرب والذى أسلم هناك وبين اللذين أسلما ولم يهاجرا واذا اشترى المسلم أو التاجر أرضا فى دار الحرب فدفعها الى حربى مزارعة بالنصف فلما استحصد الزرع ظهر المسلمون على تلك الدار فالزرع

والارض كلها لمن افتتحها لان الارض وان كانت مملوكة للمسلم فهى بقعة من بقاع دار الحرب تصير غنيمة لظهور المسلمين على الدار والزرع قبل الحصاد تبع للارض لاتصاله بها ولهذا يستحق بالشفعة ولو كان الزرع حصد ولم يحمل من الارض حتى ظهروا على الدار كانت الارض ونصيب الحربى من الزرع فيأ للمسلم نصيبه من الزرع لان التبعية زالت بالحصاد وصارت كسائر المنقولات فنصيب الحربى من ذلك يصير غنيمة كسائر أمواله ونصيب المسلم لا يصير غنيمة كسائر أمواله من المنقولات والدليل على زوال التبعية حكم الشفعة فان الزرع المحصود لا يستحق بالشفعة وان لم يحمل من الارض ومن أيهما كان البذر فالجواب سواء وكذلك لو كان صاحب الارض هو الحربى والزارع هو المسلم فان كان الزرع لم يحصد فترك الامام أهلها وتركه فى أيديهم يؤدون الخراج كما فعل عمر رضى الله عنه باهل السواد كانت الارض لصاحبها أيهما كان والزرع بينهما على مااشترطا لان الامام قرر ملكهما فيه بالمن واذا جاز ذلك فى حصة الحربى ففى حصة المسلم أولى ولو دخل مسلمان دار الحرب بامان فاشترى أحدهما أرضا فدفعها الى صاحبه مزارعة بالنصف فاستحصد الزرع ولم يحصد حتى ظهر المسلمون على الدار فالارض والزرع فىء لما قلنا وان ظهروا علينا بعد ما حصد الزرع فالارض فىء والزرع بينهما على ما اشترطا لانه منقول مشترك بين مسلمين فى دار الحرب فلا يصير غنيمة بالظهور على الدار وان دفعها المسلم الى حربى مزارعة بالنصف والبذر من أحدهما بعينه والعمل عليهما جميعا فاخرجت الارض الزرع ثم أسلم أهل الدار وقد استحصد الزرع أولم يحصد جاز فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والخارج بينهما على الشرط وفى قول أبى يوسف رحمه الله الخراج لصاحب البذر وللآخر الاجر وهذا لان اشتراط عمل صاحب الارض مع المزارع فى المزارعة انما يفسد العقد فى دار الاسلام فاما في دار الحرب بين المسلم والحربى فهو على الخلاف الذى بينا ولو لم يسلم أهل الدار ولكن ظهر المسلمون على الدار كانت الارض وما فيها فيأ ولا شئ على صاحبه لاحدهما من أجر ولا غيره لان هذه المعاملة كانت فى دار الحرب فلا يطالب أحدهما صاحبه بشئ منه بعد ما ظهر المسلمون على الدار لان الارض ان كانت للحربى فقد صارت غنيمة وكذلك ان كانت للمسلم فلا يكون له أن يطالب صاحبه باجرها ونفس الحربى تبدلت بالرق فلا تتوجه له المطالبة بالاجر على المسلم ولا للمسلم عليه وان تركهم الامام فى أرضهم كما ترك عمر رضى الله عنه أهل السواد

فهذا بمنزلة اسلامهم عليها لانه يقرر ملكهم فى أراضيهم وحريتهم فى رقابهم بالمن كما يتقرر ذلك بالاسلام لو أسلموا والمعاملة كالمزارعة فى جميع ما ذكرنا وان كانت المزارعة فى دار الحرب بين الحربيين بالنصف أو باقفزة مسماة من الخارج فاسلم أهل الدار قبل أن يحصد الزرع وقد استحصد أو بعد ما حصد جاز على ما اشترطا لانهما باشرا العقد حين لم يكونا ملتزمين لاحكام الاسلام وقد كان الخارج بينهما على ما اشترطا قبل اسلامهما فيتأكد ملكهما بالاسلام ولو أسلم أهل الدار قبل أن يزرع ثم زرع كانت المزارعة فاسدة على شرط الاقفزة المسماة والخارج لصاحب البذر لان العقد لا يتم من الجانبين قبل القاء البذر فى الارض فالاسلام الطارئ قبل تمام العقد كالمقترن باصل العقد ولو كان زرع ثم أسلموا وهو بقل لم يسبل ثم عمل فيه بعد ذلك حتى استحصد كان فاسدا أيضا لان المقصود هو الحب والاسلام حصل قبل حصول ماهو المقصود وهو الشركة بينهما فى الحب الذى هو مقصود بخلاف ما اذا أسلموا بعد الاستحصاد وهذا لان كل حال يجوز ابتداء عقد المزارعة فيها فاسلامهم فى تلك الحالة يفسد المزارعة بشرط عشرين قفيزا وكل حالة لا يجوز ابتداء عقد المزارعة فيها فاسلامهم فى تلك الحالة لا يؤثر فى العقد اعتبار الحالة البقاء بحالة الابتداء وما دام الزرع بقلا فابتداء المزارعة فيه يصح فاذا أسلموا وكان العقد بشرط عشرين قفيزا فسد بخلاف ما بعد الاستحصاد والله أعلم

باب مزارعة الصبي والعبد

(قال رحمه الله) والعبد المأذون له فى التجارة بمنزلة الحر فى المزارعة وكذلك الصبي الحر المأذون له فى التجارة لان عقد المزارعة من عقود التجارة فانه استئجار للارض أو للعامل أو هو عقد شركة فى الخارج والتجار يتعاملون به فالمأذون فيه كالحر البالغ فان زارع العبد انسانا فلم يزرع حتى حجر عليه مولاه فحيث كان للحر أن يمتنع عن المضى فى المزارعة فلمولى العبد أن يمتنع منه ويحجر عليه وحيث لم يكن للمولى منع العبد منه ولا يبطل العقد بحجر المولى عليه لان منع المولى اياه بالحجر كامتناعه بنفسه وله أن يمتنع اذا كان البذر من قبله وليس له أن يمتنع اذا كان البذر من قبل الآخر فكذلك منع المولى اياه بالحجر عليه وهذا لان الحجر لا يبطل العقد اللازم في حالة الاذن ولا يمكن المولى من ابطاله وما لم يكن لازما فللمولى أن

يمتنع من التزامه بعد الحجر الا أنه اذا كان البذر والارض من العبد فحجر المولى عليه قبل الزراعة فله أن يمنع الزارع من الزراعة واذا أخذ العبد أرض الغير مزارعة ليزرعها ببذره ثم حجر المولى عليه فنفس الحجر منع منه للمزارعة وينفسخ العقد به لان صاحب الارض والبذر اذا كان هو العبد فنى القاء البذر فى الارض اتلاف له وللمولى أن لا يرضى بذلك فما لم يمتنع المزارع من القاء البذر فى الارض لا ينفسخ العقد واذا كان العبد هو المزارع ببذره فبنفس الحجر فات المعقود عليه فان العبد لا يملك البذر بعد ذلك بالقائه فى الارض ولا فى منافعه باقامة عمل الزراعة بدون اذن المولى فلهذا جعل نفس الحجر عليه فسخا للزراعة وكذلك الصبي الحر يحجر عليه أبوه أو وصيه وكذلك المعاملة فى الاستئجار الا أن فى المعاملة الحجر بعد العقد لا يبطل العقد أيهما كان العامل لان المعاملة تلزم بنفسها من الجانبين ولو لم يحجر عليه ولكنه نهاه أو نهى مزارعه عن العمل بعد العقد أو نهاه عن العقد قبل أن يعقد كان نهيه باطلا وله أن يعقد ويعمل وكذلك الصبي لان هذا حجر خاص في اذن عام وهو باطل (ألا ترى) أن عند ابتداء الاذن لو استثنى المزارعة لم يصح استثناؤه فكذلك بعد الاذن اذا نهاه عن العقد أو المضى عليه من غير أن يحجر عليه فاذا اشترى الصبي التاجر أرضا ثم حجر عليه أبوه فدفعها مزارعة الي رجل بالنصف يزرعها ببذره وعمله فالخارج للعامل وعليه نقصان الارض لان اذن الصبي فى زراعة الارض بعد الحجر باطل فكان العامل بمنزلة الغاصب فعليه نقصان الارض والخارج له وان لم يتمكن فى الارض نقصان كان الخارج بينهما علي الشرط استحسانا لان منفعة الصبي فى تصحيح العقد هنا فانه لو بطل لم يسلم له شئ ولا يحجر الصبي عما تمحض منفعته من العقود كقبول الهبة ولا يتصدق واحد منهما بشئ لان العقد لما صح منه كان هو في ذلك كالبالغ أو المأذون ولو كان البذر من قبل الدافع كان الخارج للعامل وعليه غرم البذر فى الوجهين جميعا أو نقصان الارض ان كان فيها نقصان سواء أخرجت الارض شيأ أو لم تخرج لان اذن الصبي فى الزراعة والقاء بذره فى الارض باطل فيكون المزارع كالغاصب للارض والبذر منه فعليه غرم البذر ونقصان الارض والخارج له ويتصدق بالفضل لانه حصل له بسبب حرام شرعا واذا دفع الحر الى العبد المحجور عليه أرضا وبذرا مزارعة بالنصف سنته هذه فزرعها فحصل الخارج وسلم العامل فالخارج بينهما على الشرط لانه استأجر العبد للعمل بالنصف الخارج وقد بينا أن العبد المحجور

عليه اذا أجر نفسه وسلم من العمل وجب له الاجر استحسانا وان مات في العمل فصاحب الارض والبذر ضامن لقيمته لانه غاصب له بالاستعمال والزرع كله له سواء مات قبل الاستحصاد أو بعده لانه يملك العبد بالضمان من حين دخل في ضمانه فانما أقام عمل الزراعة بعبد نفسه فالخارج كله له ويطيب له ذلك لانه ربى زرعه في أرض نفسه ولكونه غاصبا للعبد لا يتمكن الخبث في الزرع وان مات الصبي الحر من عمل الزراعة بعد ما استحصد الزرع فالزرع بينهما على ما اشترطا طيب لهما كما لو أسلم الصبي لان باستحصاد الزرع تأكدت الشركة بينهما في الخارج والصبي لا يملك بالضمان فان مات وجب على عاقلة صاحب الارض دية الصبي لكونه سببا لاتلافه على وجه هو متعد فيه لا يتغير حكم الشركة بينهما في الخارج بخلاف العبد وكذلك الحكم في المعاملة في النخيل والاشجار ولو كان البذر من العامل وهو حر كان الخارج كله للعامل لانه نماء بذره اكتسبه بعمله والعبد في الاكتساب كالحر وان كان محجورا فلا شئ لرب الارض من نقصان ولا غيره ما لم يعتق لانه شرط بعض الخارج لصاحب الارض بعقده وذلك لا يصح من المحجور عليه حال رقه وانما زرع الارض بتسليط صاحب الارض اياه على ذلك فلا يغرم نقصان الارض مالم يعتق العبد فاذا عتق رجع عليه رب الارض بأجر مثل أرضه لانه كان شرط له نصف الخارج بمقابلة منفعة الارض وقد استوفى المنفعة وحصل الخارج ثم استحقه المولى فيكون عليه أجر مثل أرضه بعد العتق ولا يرجع على الصبي بشئ وان كثر لان التزامه بالعقد غير صحيح في حقه في الحال ولا بعد البلوغ وان مات العبد أو الصبي في عمل الارض لم يضمنه رب الارض لانهما عملا لانفسهما فلا يكون صاحب الارض مستعملا للعبد ولا متسببا لاتلاف الصبي وان كانت الارض لم تخرج شيأ فلا شئ على رب الارض من ضمان بذرهما ولا غيره لانهما عملا لانفسهما في القاء البذر في الارض ولم يكن من صاحب الارض عمل في بذرهما تسببا ولا مباشرة واذا حجر الرجل على عبده أو ابنه وفي يده نخل فدفعه الى رجل معاملة بالنصف فالخارج كله لصاحب النخل ولا شئ للعامل لانهما شرطا للعامل نصف الخارج بمقابلة عمله وذلك باطل من الصبي ومن العبد المحجور مالم يعتق فاذا عتق العبد كان عليه أجر مثل العامل لان التزام العبد في حق نفسه صحيح وقد استحق المولى الخارج بعد ما حصل الخارج واذا دفع العبد المحجور عليه أرضا مما كان في يده أو أرضا أخذها من أراضي مولاه الى رجل يزرعها ببذره

وعمل هذه السنة بالنصف فزرعها العامل فأخرجت زرعا كثيرا ونقص الزرع الارض فالخارج للعامل وعليه نقصان الارض لرب الارض لانه فى حق المولى بمنزلة الغاصب للارض فان عقد المزارعة من المحجور عليه صحيح فى حق المولى فان عتق العبد رجع العامل عليه بما أدى الى مولاه من نقصان الارض لانه صار مغرورا من جهة العبد بمباشرته عقد الضمان والعبد يؤاخذ بضمان الغرور بعد العتق بمنزلة الكفالة ثم يأخذ العبد من المزارع نصف ماأخرجت الارض لان العقد صح بينهما فى حقهما فيكون الخارج بينهما على الشرط فاذا أخذ نصف الخارج باعه واستوفى من ثمنه ماغرمه للمزارع فان كان فيه فضل كان لمولاه لان ذلك كسب اكتسبه فى حال رقه وما اكتسب العبد فى حال رقه يقضى دينه منه فان فضل منه شئ فهو للمولى وان قال المولى قبل أن يعتق العبد أنا آخذ نصف ماأخرجت الارض ولا أضمن العامل نقصان الارض كان له ذلك ان عتق العبد أو لم يعتق لان العقد كان صحيحا بين العبد والمزارع وانما امتنع نفوذه في حق المولى لدفع الضرر عنه أو لانعدام الرضا منه به فيكون رضاه به فى الانتهاء بمنزلة الرضا به في الابتداء وان كانت الارض لم تنقصها الزراعة شيأ فالخارج بين المولى والمزارع نصفان لان فى تصحيح هذا العقد منفعة للمولى وهو سلامة نصف الخارج له وانما كان يمتنع صحته فى حقه لدفع الضرر ولا ضرر هنا واذا دفع العبد المحجور عليه الى رجل أرضا من أرض مولاه وبذرا من بذر مولاه أو ما كان من تجارته قبل أن يحجر عليه مزارعة بالنصف فزرعها المزارع فأخرجت زرعا أو لم تخرج وقد نقص الارض الزرع أو لم ينقصها فللمولى أن يضمن المزارع بذره ونقصان أرضه لان الزارع غاصب لذلك فى حق المولى فان اذن العبد المحجور عليه بالقاء البذر فى الارض فى حق المولى باطل فان ضمنه ذلك ثم عتق العبد رجع عليه المزارع بما ضمن من ذلك لاجل الغرور وكان نصف الخارج للعبد يستوفى منه ماضمن ويكون الفضل لمولاه وان شاء المولى أخذ نصف الزرع فكان له ولم يضمن الزارع من البذر والنقصان شيأ لان العقد صحيح فيما بين العبد والمزارع وانما كان لا ينفذ فى حق المولى لانعدام رضاه به فاذا رضى به تم العقد والله أعلم

باب الكفالة فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا دفع الرجل الى رجل أرضا له يزرعها هذه السنة بالنصف وضمن

له رجل الزراعة من المزارع فالضمان باطل لان المزارع مستأجر للارض عامل والمزارعة لنفسه الاان يكون العمل مستحقا لرب الارض عليه وانما يصح الضمان بما هو مستحق على الاصيل للمضمون له فاذا كان الضمان شرطا فى المزارعة فالمزارعة فاسدة لانها استئجار للارض فتبطل بالشرط الفاسد وان لم يجعلاه شرطا فى المزارعة صحت المزارعة والضمان باطل وان كان البذر من رب الارض جاز الضمان والمزارعة فى الوجهين جميعا لان رب الارض مستأجر للعامل وقد صارت اقامة العمل مستحقة عليه لرب الارض وهو مما تجري فيه النيابة في تسليمه فيصح التزامه بالكفالة شرطا فى العقد أو مقصودا بعد عقد المزارعة بمنزلة الكفالة بالاجرة والثمن فى البيع وان تعنت الزارع أخذ الكفيل بالعمل لانه التزم المطالبة بايفاء ما كان على الاصيل وهو عمل الزراعة فاذا عمل وبلغ الزرع ثم طر المزارع كان الخارج بينهما علي مااشترطا لان الكفيل كان نائبا عنه فى اقامة العمل وللكفيل أجر مثل عمله ان كان كفل بأمره لانه التزم العمل بأمره وأوفاه فيرجع عليه بمثله ومثله أجر المثل كالكفيل بالدين اذا أدى وان كان الشرط على الزارع أن يعمل بنفسه لم يجز الضمان لان ماالتزمه العامل هنا لاتجرى النيابة فى ايفائه وهو عمل المزارع بنفسه اذ ليس فى وسع الكفيل ايفاء ذلك فيبطل الضمان وتبطل المزارعة أيضا ان كان الضمان شرطا فيها والمعاملة فى جميع ذلك بمنزلة المزارعة ولو كان الكفيل كفل لرب الارض بحصته مما تخرج الارض والبذر من صاحب الارض أو من العامل فالكفالة باطلة لان نصيب رب الارض من الزرع أمانة في يد المزارع سواء كان البذر من قبله أو من قبل رب الارض حتى لايضمن مايهلك منه بغير صنعه والكفالة بالامانة لا تصح بمنزلة الكفالة بالوديعة انما تصح الكفالة بما هو مضمون التسليم على الاصل ثم تبطل المزارعة ان كانت الكفالة شرطافيها والمعاملة فى هذا كالمزارعة ولو كفل رجل لاحدهما عن صاحبه بحصته مما تخرج الارض ان استهلكها صاحبها فان كان ذلك شرطا فى أصل الزارعة فالمزارعة فاسدة وان لم يكن شرطا فيها فالمزارعة جائزة والكفالة جائزة لانها أضيفت الى سبب وجوب الضمان وهو الاستهلاك واضافة الكفالة الى سبب وجوب الضمان صحيحة الا أن هذا دين يجب لاحدهما على صاحبه لا بسبب عقد المزارعة وعقد المزارعة بين اثنين بشرط أن يعطى أحدهما صاحبه كفيلا بدين آخر وجب له عليه يكون صحيحا كعقد البيع على هذا الشرط فاذا شرطا الكفالة فى المزارعة

فسدت المزارعة لهذا وان لم يكن شرطا فيها جازت المزارعة والكفالة فان استهلك المضمون منه شيأ ضمنه الكفيل ويأخذ به الطالب أيهما شاء واذا كانت المزارعة فاسدة والبذر من قبل العامل وضمن رجل لصاحب الارض حصته مما تخرج الارض فالضمان باطل لانه مع فساد المزارعة لايستحق صاحب الارض شيأ من الخارج والكفالة بما ليس بمضمون على الاصل باطل ولا يؤخذ الكفيل باجر مثل الارض لانه لم يضمنه وانما ضمن الطعام وأجر مثل الارض دراهم فلا يجوز أن يجب عليه بالكفالة غير ماالتزمه واذا كان الاجر للعامل أو لرب الارض كر حنطة بعينها لم يكن لصاحبه أن يبيعه قبل القبض لان الاجرة فى الاجارة بمنزلة العوض فى البيع وما كان بعينه من العروض المستحق بالمبيع لايجوز بيعه قبل القبض فان هلك بعد العمل أو استهلكه الذى فى يديه كان عليه أجر المثل لان بهلاكه قبل التسليم فات القبض المستحق بالعقد فيفسد العقد ولزمه رد مااستوفى في محكمه من المنفعة وقد تعذر عليه رده فيلزمه أجر مثله واذا كان الشرط بعض الخارج فى المزارعة والمعاملة فاستحصد الزرع ولم يحصد أو بلغ التمر ولم يحرز ثم باع أحدهما حصته قبل أن يقبضها جاز بيعه لان حصته أمانة فى يد الآخر كالوديعة فينفذ تصرفه فيها قبل القبض وان هلك فلا ضمان على واحد منهما لان هلاك الامانة فى يد الامين كهلاكها فى يد صاحبها وان استهلكها أحدهما ضمن نصيب صاحبه لانه استهلك مالا كان مشتركا بينهما فيضمن نصيب صاحبه جبرانا لما أتلف من ملكه والله أعلم

باب مزارعة المريض ومعاملته

(قال رحمه الله) واذا دفع المريض أرضه الى رجل مزارعة يزرعها ببذره وعمله على أن الخارج بينهما على كذا فزرعها فأخرجت زرعا كثيرا واجر مثل الارض أكثر من نصيب صاحبه أضعافا وعليه دين يحيط بماله وأجر الارض ثم مات والمزارع أجنبي أو أحد ورثته ونقصان الارض أكثر من أجر مثلها فالخارج بينهما على مااشترطا ولا شئ للعامل من الاجر والنقصان لان تصرف المريض حصل فيما لاحق فيه لغرمائه ولا لورثته وهى منفعة الارض التى توجد فى حياته فان حق الورثة انما يتعلق بما يتصور بقاؤه بعد موته وحق الغرماء انما يتعلق بما يمكن ايفاء الدين منه (ألا ترى) أنه لو أعار المريض من صاحب البذر

أرضه ولم يشترط عليه عوضا بمقابلة منافعها لم يعتبر ذلك من ثلثه وكان ذلك منه في مرضه وفي صحته سواء فكذلك اذا دفعها مزارعة بجزء يسير من الخارج وفي تصرفه محض منفعة للغرماء والورثة وهو سلامة مقدار المشروط بمقابلة الارض من الزرع لهم ولولا عقد المزارعة ماسلم لهم ذلك واذا ثبت صحة تصرفه وكان عمل العامل في الارض باذن صحيح فلا يلزمه شئ من نقصان الارض ولو كان البذر من صاحب الارض وسمي للعامل تسعة أعشار الخارج ولا دين على المريض ولا مال غير الارض والطعام فانه ينظر الى الزرع يوم خرج من الارض وصار له قيمة كم يساوي تسعة اعشاره فان كان مثل أجر الارض أو أقل منه فلما قام عليه وسقاه حتى استحصد صار أكثر من أجر مثله وأكثر من ثلث مال رب الارض فللمزارع تسعة اعشار الخارج فان كانت قيمة تسعة اعشاره حين خرج أكثر من أجر مثل المزارع فقام عليه وسقاه حتى استحصد صار أكثر من أجر مثله وأكثر من ثلث ما ترك الميت فأبى الورثة أن يجيزوا أخذ الزارع من حصته من الخارج أجر مثله وثلث ما ترك وصية له ان لم يكن من ورثته والباقي لورثة صاحب الارض لان صاحب الارض استأجر العامل بما جعل له من الخارج وانما يصير المزارع بايجابه شريكا في الخارج حين ثبت الخارج فاذا كانت قيمة ماثبت مثل أجر مثله أو أقل لم تمكن في تصرفه محاباة فيقدر ثم ملك المزارع في نصيبه بعقد صحيح ثم الزيادة بعد ذلك انما حدثت على ملك صحيح له فلا يعتبر ذلك من ثلث مال الميت فأما اذا كانت قيمته حين نبت أكثر من أجر مثله فالزيادة على مقدار أجر المثل محاباة له والمحاباة لاتسلم الا من الثلث بعد الدين فبقي الثابت كله موقوفا على حق المريض فيثبت حقه في الزيادة الحادثة فيه ولا يسلم للمزارع من جميع ذلك بعد مااستحصد الزرع الا مقدار أجر مثله وما زاد على ذلك الى تمام المشروط له يكون وصية فيعتبر من ثلث ماله فيحتاج هنا الى معرفة شيئين أحدهما ان عمل المزارع وان لم يكن مالا متقوما فبالعقد يتقوم بمقدار أجر المثل ولا وصية في ذلك القدر من المشروط له كما لو استأجر المريض أجير العمل آخر له بل أولى لان هناك استأجره بما كان حاصلا له لا بعمله وهنا استأجره بمال يحصل أو يزداد بعمله والثاني انه يعتبر قيمة حصته حين يصير للزرع قيمة لاحين نبت لانه يكون مملكا منه نصيبه بعوض والتمليك انما يجوز في الزرع بعد ما يصير متقوما كالتمليك بالبيع وهو وان صار شريكا فيما نبت ولكنه يحتاج الى قيمة لنصيبه ليقابل ذلك باجر مثله وما ليس بمتقوم

لا يمكن معرفة قيمته فيعتبر أول أحوال امكان التقوم فيه كاحد الشريكين فى الجنين اذا أعتق نصيبه وهو موسر يضمن لصاحبه قيمة نصيبه معتبرا بما بعد الانفصال قال وانما هذا مثل رجل استأجر فى مرضه رجلا ليخدمه سنته بجارية له بعينها لا مال له غيرها فدفعها اليه وخدمه الرجل السنة كلها وولدت الجارية وزادت فى بدنها ثم صارت تساوى أكثر من أجر مثل الرجل ثم مات المريض فان كانت قيمتها يوم وقعت الاجارة وقبضها الاجير مثل أجر مثله أو أقل كانت له زيادتها لانه لا محاباة فيها ولا وصية وانما اعتبرت قيمتها وقت القبض لان الاجرة قبل استيفاء المنفعة لا تملك بنفس العقد وانما تملك بالقبض وان كانت قيمتها يومئذ أكثر من أجر مثله فانه يعطى الاخر منها مقدار أجر مثله وثلث ماترك الميت بعد ذلك من الجارية وولدها وصية له ويرد قيمة البقية على الورثة لانه يمكن فيها معنى الوصية بطريق المحاباة فلا تكون سالمة للاجير وتبقى موقوفة على حق المريض فيثبت حقه فى الزيادة متصلة كانت أو منفصلة فلا يسلم للاجير منها الا مقدار أجر مثله وثلث التركة بعد ذلك منها ومن ولدها بطريق الوصية وفيما زاد على ذلك يلزمه رده الا أنه تعذر الرد لمكان الزيادة الحاصلة فى يده بعد مايملكها فرد قيمة الزيادة * فان قيل انما يملكها بالقبض بحكم سبب فاسد فينبغى ان يرد عينها مع الزيادة * قلنا لا كذلك بل كان السبب صحيحا يومئذ لان تصرف المريض فيما يحتمل النقض بعد نفوذه يكون محكوما بصحته ثم ينقض بعد موته ماتعذر تنفيذه والمقصود من هذا النقض دفع الضرر عن الورثة وذلك يحصل برد قيمة الزيادة عليهم ولو لم يكن فى رد العين الاضرر التبعيض على الاجير لكان ذلك كافيا في تحول حقهم الى القيمة وان كان المزارع وارث المريض كان الجواب كذلك الا أنه لا وصية له لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث فان كانت قيمة نصيبه أجر مثل المزارع أو أقل حين نبت الزرع وصارت له قيمة فجميع المشروط سالم له وان كان أكثر من أجر مثله فانما يسلم له من الخارج مقدار أجر مثله حين استحصد الزرع والباقى كله ميراث عن الميت وان كان المزارع أجنبيا وعلى الميت دين يحيط بماله كان المزارع أسوة الغرماء فانما يثبت له من الحصة فى الزرع على ما تقدم ذكره حتى اذا لم يكن من قيمة حصته حين صار متقوما زيادة على أجر مثله فقد صح تسمية حصته له في الكل والزيادة الحادثة بعد ذلك تكون زيادة على ملكه الا أن عين ذلك لا تسلم له لان المريض لا يملك تخصيص بعض الغرماء بقضاء الدين

الا بأنما اشترى منه ما تكون ماليته مثل ماأعطاه من الثمن لانه يدخل فى ملكه مايقوم مقام ما يخرجه فى تعلق حق الغرماء به وذلك لايوجد به فلهذا لايختص العامل به ولكن لما ثبت حقه بسبب لا محاباة فيه ولا تهمة كان هو أسوة الغرماء فى تركته وان كانت حصته أكثر من أجر مثل عمله فانما يضرب مع الغرماء فى الخارج بمقدار أجر مثل عمله حين استحصد الزرع لان ما زاد على ذلك كان وصية له ولا وصية مع الدين وكذلك مسئلة الجارية هو أسوة الغرماء فيما ثبت له فيها على الوجه الذى بينا من الفرق بينهما اذا كانت قيمتها حين قبضها مثل أجر مثله فى خدمته أو أكثر من ذلك ولا تشبه المزارعة فى هذا المضاربة فان المريض لو دفع الى رجل ألف درهم مضاربة على ان للمضارب تسعة أعشار الربح وربح عشرة آلاف ثم مات المريض وأجر مثل المضارب فى عمله مائة درهم فان الورثة يأخذون رأس المال والباقى بينهم وبين المضارب على الشرط ولاينظر فى هذا الى أجر مثله لان هنالك رأس المال قد رجع الى ورثته والربح مال لم يكن لرب المال ولا يتعلق به حق ورثته وغرمائه (ألا ترى) انه لولم يشترط شيئا من الربح لنفسه بأن أقرض المال منه كان صحيحا فى اشتراطه بعض الربح لنفسه منفعة غرمائه وورثته والبذر فى المزارعة ليس يرجع الى رب الارض وانما يكون جميع الخارج بينهما فيكون تصرف المريض فيما تعلق به حق غرمائه وورثته ولو كان يرجع الى صاحب البذر رأس ماله ويكون ما بقي بينهما لكنا نجوز ذلك أيضا كما نجوزه فى المضاربة * فان قيل ينبغى أن ينظر الى قيمة البذر ويقابل ذلك باجر مثله ولا ينظر الى قيمة الخارج * قلنا انما ينظر الى قيمة ما يوجبه للمزارع بمقابلة عمله وهو لايوجب له شيئا من البذر انما يوجب له حصته من الخارج فلهذا ينظر الى قيمة ما يوجبه له والى أجر مثله واذا دفع الصحيح الى مريض أرضا له على أن يزرعها هذه السنة ببذره فما خرج منها فهو بينهما نصفان فزرعها المريض ببذر من قبله ليس له مال غيره فأخرجت زرعا كثيرا ثم مات من مرضه فانه ينظر الى حصة رب الارض مما أخرجت الارض يوم صار الزرع متقوما كم قيمته لان المريض استأجر الارض هنا بما أوجب لصاحبها من الحصة فان كانت حصته يومئذ مثل أجر مثل الارض أو أقل فان الخارج بينهما على الشرط لانه لا وصية فيها ولا محاباة وقد تم ملك رب الارض فى نصيبه ثم الزيادة حادثة بعد ذلك على ملكه وهذا لانه قابض لنصيبه باتصاله بأرضه أو بكونه فى يد أمينه لان المزارع أمين فى نصيب رب

الارض ولهذا لو أصاب الزرع آفة لم يغرم له شيئا وان كانت حصته يومئذ أكثر من أجر مثل
الارض نظر الى حصته يوم تقع القسمة لانه تمكن معنى الوصية هنا بطريق المحاباة فيثبت
حق المريض فيما يحدث من الزيادة فانما يعطى رب الارض منها مقدار أجر مثل أرضه وثلث
تركة الميت مما بقي بطريق الوصية وكذلك ان كان رب الارض أحد ورثته الا انه لا وصية
له فلا يأخذ الا قدر أجر مثله من الخارج يوم تقع القسمة فى الموضع الذى تمكن فيه الوصية
ولو كان غير وارث وعلى الميت دين محيط بماله كان الجواب كذلك الا انه أسوة الغرماء بما
ثبت له من ذلك فان المريض لم يدخل فى ملكه ما يقوم مقام ما أوجبه له فى تعلق حق الغرماء
به فيبطل تخصيصه اياه بذلك ويكون هو أسوة الغرماء بما ثبت له ولو كان الذى عليه دين
أقر فى مرضه بدئ بحق رب الارض لان حقه ثبت بسبب لا تهمة فيه فيكون هو بمنزلة غريم
الصحة يقدم حقه على المقر له فى المرض الا أنه لا وصية له مالم يقض الدين لان الدين مقدم
على الوصية وان كان واجبا باقراره فى المرض لكونه أقوى من الوصية (ألا ترى) ان الدين
يعتبر من جميع المال والوصية من الثلث واذا دفع المريض نخلا له معاملة بالنصف فقام عليه
العامل ولقحه وسقاه حتى أثمر ثم مات رب النخيل ولا مال له غير النخيل وثمره فانه ينظر
الى الثمر يوم طلع من النخل وصار كفرى وصارت له قيمة فان كان نصف قيمته مثل أجر
العامل أو أقل فللعامل نصف الثمر وان كان أكثر من أجر مثله نظر الى مقدار أجر مثل
العامل يوم تقع القسمة فيعطى العامل ذلك وثلث تركة الميت مما بقي من حصته وصية له الا
أن يكون وارثا فلا وصية له وهذا لان المريض استأجر العامل بما شرط له من الثمر وانما يصير
شريكا فى الثمر بعد طلوعه وانما يمكن تقويمها حين تصير لها قيمة فلهذا يعتبر قيمة حصته عند
ذلك واذا كان على المريض دين محيط بماله فان كانت قيمة النصف من الكفرى حين طلعت
مثل أجره ضرب مع الغرماء بنصف جميع الثمر لانه لا محاباة هنا ولا وصية فتكون الزيادة
حادثة على ملك تام له الا أن تخصيصه اياه بقضاء حقه يبطل فيكون هو أسوة الغرماء بنصف
جميع الثمر وان كانت قيمة نصفه أكثر من أجر مثله ضرب معهم فى التركة بمقدار أجر مثله
لتمكن الوصية هنا بطريق المحاباة ولو دفع الصحيح الى المريض نخلا له معاملة على ان للعامل
جزأ من مائة جزء ومما يخرج منه فقام عليه المريض باجرائه وأعوانه وسقاه ولقحه حتى
صار تمرا ثم مات ولا مال له غيره وعليه دين ورب النخل من ورثته وأجر مثل ذلك العمل

أكثر من حصته فليس له الا ماشرط له لان المريض انما تصرف هنا فيما لاحق فيه لغرمائه
ولورثته وهو منافع بدنه (ألا ترى) انه لوأعانه بهذه الاعمال ولم يشرط لنفسه شيئا من الخارج
كان ذلك صحيحا منه ففى اشتراطه جزأ من الخارج بمقابلة عمله وان قل منفعة غرمائه وورثته
ولو دفع المريض الى رجل زرعا له فى أرض لم يستحصد أو كفرى فى رؤس النخيل أو ثمرا
فى شجر حين طلع ولكنه أخضر ولم يبلغ بعد على ان يقوم عليه حتى يبلغ بالنصف فقام عليه
العامل حتى بلغ ثم مات صاحب الشجر والزرع ولم يدع مالا غيره فانه ينظر الى حصة العامل
يوم قام عليه فزاد فى يده لانه انما يصير شريكا عند ذلك فان المعاملة ايجاب الشركة فيما يحصل
بعمله وأول أحوال ذلك حين تظهر زيادة من عمله فان كانت قيمته أكثر من أجر مثله
كان له من حصته مقدار أجر مثله وقت القسمة وثلث التركة بطريق الوصية وكذلك ان
كان أحد ورثته الا أنه لاوصية له وان لم يكن من ورثته وكان على الميت دين محيط بماله
ضرب العامل بما ثبت له من ذلك على ما وصفنا مع الغرماء ولا وصية له وهذا فى التخريج
وما تقدم ذكره سواء واذا استأجر المريض رجلا يخدمه هذه السنة بجارية بعينها فلما وقعت
الاجارة لم يخدمه حتى زادت الامة وكانت قيمتها يوم وقعت الاجارة مثل أجر مثل الاجير
تخدمه السنة كلها ودفع اليه الجارية فولدت عند الاجير ثم مات المريض ولا مال له غيرها
فالاجير من الجارية وأولادها مقدار أجر مثله والثلث مما يبقى بطريق الوصية لانه لم يملكها
بنفس العقد قبل استيفاء المنفعة فما زاد يكون على ملك المريض ونجعل هذه الزيادة كالموجودة
عند العقد فيتمكن معنى الوصية بهذا الطريق حين سلم الجارية اليه بعد استيفاء الخدمة وحدوث
الزيادة فانما السالم له منها ومن أولادها مقدار أجر مثله عوضا عن الخدمة والثلث مما يبقى بطريق
الوصية أعطى وصية من الجارية فان بقى شئ كان له من أولادها فى قياس قول أبى حنيفة
رحمه الله بناء على أصله ان فى تنفيذ الوصية الجارية أصل والاولاد تبع على مانبينه فى الوصايا
ان شاء الله تعالى ويقال له أد قيمة مابقى دراهم أودنانير ورد الجارية وولدها ويكون لك أجر
مثلك فى مال الميت لانه يلحقه عيب التبعيض ولم يكن هو راضيا بذلك فيكون له أن يردها
بالعيب ولكن اذا ردها بطلت الوصية بالمحاباة له لان ذلك كان فى ضمن العقد وقد بطل العقد
بالرد وان أبى أن يردها أعطى الورثة قيمة ما بقى لازالة المحاباة ودفع الضرر عن الورثة وبرد
القيمة يندفع الضرر عنهم وثبوت الخيار له فى الرد لهذا المعنى أيضا وهو انه يلزمه زيادة لم

يرض بالتزامها فيكون له أن يردها لذلك ولو كانت الجارية حين وقعت الاجارة دفعها المريض الى الاجير فلم يخدم الاجير حتى زادت فى يده وصارت قيمتها أكثر من أجر مثله ثم خدمه بعد ذلك حتى تمت السنة ومات المريض ولم يدع مالا غيرها وقد ولدت الجارية أولادا فالجارية وجميع أولادها للاجير لانه بالقبض قد ملكها وليس فيها فضل فتم ملكه فى جميعها لانعدام المحاباة ثم الزيادة حدثت على ملك تام له فيكون سالما له وكذلك ان كان الاجير أحد ورثته الا أن يكون ولدا أو زوجة فرد الجارية وولدها فيكون بينهم ميراثا لان استئجار الولد والزوجة على الخدمة لا يجوز ولا يستوجبون الاجر بهذا العقد فتثبت هى فى يد الاجير بسبب باطل فعليه أن يردها مع الزيادة بخلاف المزارعة والمعاملة لان الولد والزوجة فى ذلك العمل كسائر الورثة فانه غير مستحق عليهما دينا بخلاف الخدمة وان لم يكن من ورثته وكان على الميت دين محيط بماله فان كانت الجارية لافضل فيها عن أجر مثله يوم قبضها الاجير قسمت هى وولدها بين الغرماء وبينه ويضرب فى ذلك الاجير بقيمتها وقيمة ولدها لانه لا محاباة فى تصرفه هنا ولكن فيه تخصيص الاجير بقضاء حقه من ماله وذلك يرد لحق الغرماء الا ان الولد حدث على ملك صحيح له فلهذا ضرب مع الغرماء بقيمتها وقيمة ولدها فما أصابه كان له فى الجارية وما أصاب الغرماء قيل له أد قيمة ذلك الى الغرماء دراهم أو دنانير لان حقهم فى المالية لا فى العين وباداء القيمة يصل اليهم كمال حقهم ويندفع عنه ضرر التبعيض فان أبى ذلك بيعت الجارية وولدها فقسم الثمن بينه وبين الغرماء يضرب الغرماء بدينهم ويضرب الاجير بأجر مثله لانه حين أبى ذلك تعذر ردها بسبب عيب التبعيض أو بما لحقه من زيادة مال لم يرض بالتزامه بعقد المعاوضة والاجرة اذا كانت بعينها فردت بالعيب ينفسخ العقد وتبقى المنفعة مستوفاة بحكم عقد قد انفسخ فيكون رجوعه بأجر مثله فلهذا يضرب بأجر مثله وفى هذا نوع اشكال فان الزيادة المنفصلة المتولدة بعد تمام الملك تمنع الرد بالعيب فينبغى أن لا يكون له أن لا يردها ولكن يغرم للغرماء قيمة الزيادة دراهم أو دنانير ويمكن أن يقال الزيادة انما تمنع الرد اذا لم يجب ردها مع الاصل فانه لا يجوز أن يسلم بغير عوض بعد رد الاصل وهذا لا يوجد هنا فان حق الغرماء ثابت فى الزيادة كما هو ثابت فى الام لانه ان لم يثبت حقهم فيه باعتبار صحة السبب وخلوه عن المحاباة فقد ثبت حقهم فيه ببطلان تخصيص الاجير بايفاء حقه مراعاة لحقهم وان كان فى قيمة الجارية يوم قبضها الاجير فضل عن أجر مثله وكانت قيمتها يوم وقعت

الاجارة مثل أجر الاجير الا ان الاجير لم يخدم المريض حين قبض الجارية يضرب الاجير في الجارية وولدها بمقدار أجر مثله فما أصابه كان له في الجارية وولدها وقيل له اد قيمة ما أصاب الغرماء فان أبى بيعت الجارية وولدها واقتسموا الثمن يضرب فيه الاجير بأجر مثله لانه لم يملكها بنفس العقد وانما يملكها بالقبض وعند القبض لما كانت قيمتها أكثر من أجر مثله بقيت موقوفة على حق المريض لتمكن الوصية فيها بطريق المحاباة فلهذا كان التخريج على ماقال واذا استأجر الرجل في مرضه رجلا يخدمه بجارية قيمتها ثلثمائة درهم وأجر مثل الاجير في خدمته مائة درهم فخدمه الاجير حتى أتم الخدمة وقبض الجارية ثم مات المريض ولا مال له غيرها فالاجير بالخيار ان شاء أخذ الجارية كلها وأعطي الورثة أربعة اتساع قيمتها وان شاء نقض الاجارة وردها على الورثة لان المريض حابى بقدر ثلثيها حين كان أجر مثله مثل قيمة ثلثها والمحاباة وصية فلا تنفذ الا في مقدار الثلث فاحتجنا الى حساب لثلثيه ثلث وذلك تسعة فثلثها وهو ثلاثة يسلم له ومن الثلثين يسلم له الثلث بينهما وعليه ازالة المحاباة فيما وراء الثلث وذلك في أربعة اتساع قيمتها فاذا اختار ذلك فقد وصل الى الورثة كمال حقهم وثبوت الخيار له في العقد لما لحقه من الزيادة وان نقض الاجارة وردها كان له في مال الميت أجر مثله مائة درهم وتباع الجارية حتى يستوفى دينه والباقي للورثة وقد بطلت الوصية بالمحاباة حين اختار نقض العقد ولا يشبه هذا ما وصفت لك قبله من المزارعة والمعاملة اذا كان فيها محاباة فان هناك انما يسلم له مقدار أجر مثله والثلث مما يبقى بطريق الوصية ويرد الفضل واذا قال أعطى قيمة الفضل لم يكن له ذلك لان الخارج من الزرع والثمار يحتمل التبعيض فلا يتضرر هو برد الفضل على الورثة فلهذا لايكون له أن ينقل حق الورثة من العين الي القيمة ولو كان أجر مثل الاجير يوم وقعت الاجارة ثلثمائة درهم فدفع اليه المريض الجارية وخدمة الاجير جميع السنة ثم مات المريض وقد زادت الجارية في بدنها أو في السعر أو ولدت في يد الاجير قبل موت المريض بعد ما كانت السنة أو قبل أن تكمل وعلى المريض دين كثير فان الجارية بزيادتها وولدها بينهم يضرب الاجير في ذلك بقيمتها وقيمة ولدها يختصمون وتضرب الغرماء بدينهم لانه لامحاباة هنا فكانت الجارية وولدها للاجير الا أن تخصيص المريض اياه بقضاء حقه من ماله يرد بعد موته فلهذا ضرب هو بقيمتها وقيمة ولدها يوم يختصمون فما أصاب الاجير كان له من الجارية وولدها لان حقه في عينها وما أصاب الغرماء قيل للاجير أد قيمته

دراهم أو دنانير الى الغرماء لان حقهم فى المالية فان أبى أخذت الجارية وولدها وبيعا فضرب الاجير فى الثمن باجر مثله والغرماء بدينهم لان العقد قد انفسخ حين أخذت من يده وانتقض قبضه فيها بسبب سابق على قبضه ولو كانت الجارية لم تزد ولم تلد ولكنها نقصت فى السعر عند الاجير حتى صارت تساوى مائة والمسئلة بحالها فلا ضمان على الاجير فى نقصانها لان نقصان السعر فتور رغائب الناس فيها ولا معتبر بذلك فى شئ من عقود المعاوضات ويضرب الغرماء فى الجارية بدينهم والاجير بقيمتها وهى مائة درهم لان تخصيصه الاجير بقضاء حقه مردود بعد موته ثم ما أصاب الاجير فهو له من عينها وما أصاب الغرماء قيل للاجير اعطهم قيمة ذلك لان حقهم فى المالية فان أبى بيعت الجارية وضرب الاجير فى ثمنها باجر مثله ثلثمائة درهم لان العقد قد انفسخ بانتقاض قبضه فيها فانما يضرب هو باجر مثله والغرماء بدينهم بخلاف الاول فهناك لم ينتقض قبضه فيها فانما يضرب بقيمتها لذلك وان نقصت فى البدن حتى صارت تساوي مائة درهم فان قيمة الجارية يوم قبضها الاجير وهى ثلثمائة بين الاجير وبين الغرماء فما أصاب الغرماء ضمنه لهم الاجير فى ماله وتسلم له الجارية وليس له أن يردها لانها دخلت فى ضمانه يوم قبضها على وجه التملك بعقد المعاوضة وقد تعيبت في يده بالنقصان الحاصل فى بدنها فلا يملك أن يردها للعيب الحادث ولكن يغرم للغرماء حصتهم من ماليتها يوم دخلت فى ضمانه ولو دفع المريض نخلا له معاملة الى رجل بالنصف فاخرج النخل كفرى يكون نصفه مثل أجر العامل أو أقل فقام عليه وسقاه حتى صار تمرا يساوى مالا عظيما ثم صار حشفا قيمته أقل من قيمة الكفرى يوم خرج ثم مات المريض وعليه دين فان ماله يقسم بين الغرماء والعامل يضرب فيه العامل بقيمة نصف الحشف فقط فما أصابه كان له فى حصته من الحشف وما أصاب الغرماء بيع لهم فى دينهم ولا ضمان على العامل بالنقصان هنا لانه كان أمينا فى الخارج فالزيادة انما حصلت فى عين هى أمانة بغير صنعه وتلفت بغير صنعه فلا يضمن شيأ منها لاحد بخلاف ماسبق وانما هذا بمنزلة ولد الجارية فى المسئلة الاولى التى ولدت فى يد الاجير أو مات أو حدث به عيب لم يضمنه الاجير لان الزيادة حدثت من غير صنعه وهلكت كذلك فلا تكون مضمونة عليه وان كان هو ضامنا للاصل ولو كان الميت لادين عليه والمسئلة بحالها كان للعامل نصف الحشف وللورثة نصفه ولا ضمان على العامل فيما

صار من ذلك حشفا لانه لو تلف الكل من غير صنع العامل لم يضمن لهم شيأ فاذا صار حشفا أولى أن لا يضمن لهم النقصان والله أعلم بالصواب

باب الوكالة فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا وكل الرجل الرجل بأرض له على أن يدفعها مزارعة هذه السنة فدفعها مزارعة بالثلث أو أقل أو بأكثر فهو جائز لان الوكل حين لم ينص على مقدار من الخارج فقد فوض الامر فيه الى رأيه فبأى مقدار دفعها مزارعة كان ممتثلا لامره محصلا لمقصوده الا أن يدفعها بشئ يعلم أنه حابى فيه بما لا يتغابن الناس فى مثله فحينئذ لا يجوز ذلك فى قول من يجيز المزارعة لان مطلق التوكيل عندهم يتقيد بالمتعارف فان زرعها المزارع فخرج الزرع فهو بين المزارع والوكيل على ما اشترطا لاشئ منه لرب الارض لانه صار غاصبا مخالفا وغاصب الارض اذا دفعها مزارعة كان الزرع بينه وبين المدفوع اليه على الشرط ولرب الارض أن يضمن نقصان الارض فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله ان شاء الوكيل وان شاء المزارع فان ضمن المزارع رجع على الوكيل به لانه مغرور من جهته وفى قول أبى يوسف الآخر يضمن المزارع خاصة لانه هو المتلف فأما الوكيل فغاصب والعقار عنده لا يضمن بالغصب ثم يرجع المزارع على الوكيل للغرور فان كان حابى فيه بما يتغابن الناس فى مثله فالخارج بين المزارع ورب الارض على الشرط والوكيل هو الذى قبض نصيب الموكل لانه هو الذى أجر الارض وانما وجب نصيب رب الارض بعقده فهو الذى يلى قبضه وليس لرب الارض أن يقبضه الا بوكالة من الوكيل فان كان رب الارض أمر الوكيل أن يدفعها مزارعة ولم يسم سنة ولا غيرها جاز للوكيل أن يدفعها مزارعة سنته الاولى فان دفعها أكثر من ذلك أو بعد هذه السنة ولم يدفع هذه السنة لم يجز فى الاستحسان وفى القياس يجوز لان التوكيل مطلق عن الوقت ففى أى سنة دفعها وفى أى مدة دفعها لم يكن فعله مخالفا لما أمره الموكل به فجاز كالوكيل باجارة الدور والرقيق ولكنه استحسن وقال دفع الارض مزارعة يكون فى وقت مخصوص من السنة عادة والتقييد الثابت بالعرف فى الوكالة كالثابت بالنص فاذا دخله التقييد من هذا الوجه يحمل على أخص الخصوص وهو وقت الزراعة من السنة الاولى كالوكيل يشترى الاضحية يتقيد بأيام الاضحية من السنة

الاولى بخلاف اجارة الدور والرقيق فانها لاتختص بوقت عرفا فراعى فيها مطلق الوكالة اما المزارعة نظير التوكيل باكراء الابل الى مكة للحج عليها فانها تختص بايام الموسم فى السنة الاولى لان هذا يكون فى وقت مخصوص من كل سنة عرفا فيحمل على أخص الخصوص وهو وقت خروج القافلة من السنة الاولى خاصة ولو كان البذر من رب الارض كان هذا أيضا على أن يدفعه بما يتغابن الناس فيه لان هذا توكيل بالاستئجار فان صاحب الارض يكون مستأجرا للعامل والتوكيل بالاستئجار كالتوكيل بالشراء فانما ينفذ على الموكل اذا كان بغبن يسير ورب الارض هو الذى يلى قبض حصته وليس للوكيل قبضها الا باذنه لان رب الارض هنا ما استحق نصيبه بعقد الوكيل بل بكونه نماء بذره فان دفعه الوكيل بما لا يتغابن الناس فيه كان الخارج بين الوكيل والمزارع على الشرط لانه بالخلاف صار غاصبا للارض والبذر فيكون عليه ضمان مثل ذلك البذر للموكل فان تمكن فى الارض نقصان بالزراعة فلرب الارض أن يضمن النقصان أيهما شاء فى قول أبى يوسف الاول وهو قول محمد لان المزارع متلف والوكيل غاصب فان ضمن المزارع رجع به على الوكيل للغرور ولا يتصدق الزارع بشئ مما صار له فى هذه المسئلة ولا فى المسئلة الاولى ولكن الوكيل يأخذ مثل ما غرم من نقصان الارض وبذرا مثل الذى غرم ويتصدق بالفضل لان الخبث تمكن فى تصرف الوكيل حين صار كالغاصب فعليه أن يتصدق بالفضل وانما يدفعها الوكيل مزارعة هنا أيضا فى المسئلة الاولى خاصة استحسانا فان دفعها بعد مضى تلك السنة فهو مخالف غاصب للارض والبذر والحكم فيه ما بينا فى الفصل الاول واذا وكل رجلا بان يأخذ له هذه الارض مزارعة هذه السنة على أن يكون له البذر من قبل الموكل فللوكيل أن يأخذها بما يتغابن الناس فيه وان أخذها بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز على الموكل الا أن يرضا به ويزرعها عليه لانه وكيل بالاستئجار فهو بمنزلة الوكيل بالشراء فلا ينفذ تصرفه بالغبن الفاحش على الموكل الا أن يرضا به وزراعة الموكل بعد العلم بما صنع الوكيل دليل الرضا به فهو كصريح الرضا فان زرعها الموكل فحصل الخارج كان الوكيل هو المأخوذ بحصة رب الارض يستوفيه من الموكل فيسلمه اليه لان رب الارض استحق ذلك بالشرط والوكيل هو الذى شرط له ذلك فان أخذ ذلك رب الارض من الموكل بغير محضر من الوكيل برئ الوكيل لوصول الحق الى مستحقه وان كان الوكيل أخذها بما لا يتغابن الناس فيه وهو لم يخبره بذلك حتى زرعها الموكل وقد

أمره الوكيل بزراعتها كان الخارج للمزارع على الوكيل ولرب الارض أجر مثل أرضه مما أخرجت الارض لان الوكيل استأجرها بما سمى من الخارج وقد حصل الخارج ثم استحق الموكل فيكون لرب الارض على الوكيل اجر مثل الارض مما أخرجت الارض لان ذلك من ذوات الامثال ولا شيء للوكيل على الموكل لانه هو الذى أمره بزراعتها وقد كان استئجاره نافذا عليه فالتحقت هذه بأرض مملوكة له دفعها الى غيره وأمره أن يزرعها من غير أن يشترط عليه شيأ وان كان الوكيل دفع اليه الارض ولم يأمره بزراعتها ولم يخبره بما أخذها به فالخارج للمزارع لانه نماء بذره وتصرف الوكيل بما لا يتغابن الناس فيه لم ينفذ عليه ولا شيء لرب الارض على الوكيل هنا لان الزارع بمنزلة الغاصب حين زرعها بغير أمر الوكيل ومن استأجر أرضا فغصبها غاصب وزرعها لم يكن لرب الارض على المستأجر أجرها بخلاف الاول فان هناك الوكيل أمر الزارع بزرعها فيجعل بمنزلة ما لو زرعها بنفسه فيلزمه اجر مثلها لصاحبها ثم على الزارع هنا نقصان الارض لرب الارض لانه زرعها بغير اذن صاحب الارض على وجه الغصب ولا يرجع به على الوكيل لان الوكيل لم يغره بل هو الذى اغتر حين لم يسأل الوكيل ولم يستكشف حقيقة الحال ويتصدق الزارع بالفضل لانه ربى زرعه فى أرض غيره بسبب خبيث واذا لم يبين الوقت للوكيل هنا فهو على أول سنة وأول زراعة استحسانا ولو كان وكله بان يأخذ له أرض فلان وبذرا مزارعة فان أخذها بما يتغابن الناس فيه جاز ورب الارض هو الذى يقبض نصيبه من الزرع لانه يملك نصيبه بكونه نماء بذره لا بشرط الوكيل له ذلك بالعقد وان أخذ بما يتغابن الناس فيه لم يجز على الموكل الا أن يرضى به لانه وكله بان يؤاجره وذلك يتقيد بما يتغابن الناس فيه عند من يجيز المزارعة فان عمل المزارع فى جميع ما ذكرنا فحصل الخارج فهو بينهما على الشرط وان كان الوكيل أخذه بما لا يتغابن الناس فيه من قلة حصة المزارع وأمر المزارع فعمل ولم يبين ذلك له فالمزارع متطوع فى عمله فى القياس والخارج كله لرب الارض وفى الاستحسان الخارج بينهما على الشرط وجه القياس ان تصرف الوكيل بالغبن الفاحش لم ينفذ على الموكل معينا فى اقامة العمل وجه الاستحسان انه انما لا ينفذ تصرف الوكيل على الموكل فى حق الموكل بالغبن لدفع الضرر عن الموكل والضرر هنا فى امتناع نفوذ التصرف عليه لانه اذا نفذ تصرفه عليه استحق ما شرط له من الخارج وان قل ذلك واذا لم ينفذ لم يستحق شيأ على أحد بمقابلة عمله وهو نظير القياس والاستحسان فى العبد

اذا أجر نفسه فى عمل وسلم من ذلك العمل فان كان الموكل لم يسم للوكيل الوقت فهو على أول سنة وزراعه استحسانا فان مضت السنة قبل أن يأخذ ثم أخذ لم يجبر الموكل على العمل فان رضي به وعمل كان بينهما على الشرط بمنزلة ما لو أخذ أرضا وبذرا ليزرعها واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا ووكله بأن يدفعها معامله هذه السنة أو لم يسم له وقتا فهذا على أول سنة للعرف فان دفعه بما يتغابن الناس فيه جاز وصاحب النخل هو الذى يلي قبض نصيبه لانه يملك الثمر بملكه النخل لا بالعقد الذى باشره الوكيل فان دفعه بما لا يتغابن الناس فيه فالخارج لصاحب النخل لانه وكله باستئجار العامل فلا ينفذ تصرفه بالغبن الفاحش على الموكل وللعامل اجر مثله على الوكيل لانه استأجره ببعض الخارج وقد حصل الخارج واستحقه رب النخل فيستوجب الرجوع باجر مثله ولو وكله بأن يأخذ نخلا بعينه فأخذه بما يتغابن الناس فيه جاز على الشرط وصاحب النخل هو الذي يلي قبض نصيبه لانه يملكه بسبب تولده من نخله وان أخذه بما لا يتغابن الناس فيه من قلة نصيب العامل لم يلزم العامل ذلك الا أن يشاء فان عمله وقد علم نصيبه منه أو لم يعلم كان له نصيبه الذى سمى له أما اذا علم به فلوجود دلالة الرضا منه بالاقدام على العمل بعد العلم بحقيقة الحال وأما اذا لم يعلم به فهو استحسان لما فيه من المنفعة للعامل فانه لو لم ينفذ تصرفه عليه لم يستوجب شيأ واذا أمره أن يأخذ له نخلا معاملة أو أرضا مزارعة أو أرضا وبذرا مزارعة ولم يعين شيأ من ذلك لم يجز لان الوكيل عاجز عن تحصيل مقصود الموكل مع هذه الجهالة المستتمة فان العمل يختلف باختلاف النخل والاراضى على وجه لا يمكن أن يوقف فيه على شئ معلوم واذا أمره بأن يدفع أرضه مزارعة أو أن يدفع نخله معاملة الى رجل ولم يعين الرجل جاز لان دفع الارض مزارعة بمنزلة اجارتها ومن وكل غيره بأن يؤاجر أرضه مدة معلومة جاز وان لم يبين من يؤاجرها منه لان المعقود عليه منفعة الاراضي وهى معلومة لا تختلف باختلاف المستوفى وكذلك فى المعاملة مقدار العمل قد صار معلوما ببيان النخل على وجه لا يختلف باختلاف العامل ولو أمره بأن يدفع أرضه هذه مزارعة فأعطاها رجلا وشرط عليه أن يزرعها حنطة أو شعيرا أو سمسما أو ارزا فهو جائز لان دفع الارض مزارعة لهذه الاشياء متعارف فمطلق التوكيل ينصرف الى هذه الاشياء كلها والوكيل يكون ممتثلا أمره فى جميع ذلك وكذلك لو وكله أن يأخذ له هذه الارض وبذرا معها مزارعة فاخذها مع بذر حنطة أو شعيرا أو غير

ذلك من الحبوب جاز ذلك على الموكل لانه وكله ليؤاجره في عمل الزراعة وهو في جميع ذلك متعارف فمطلق التوكيل ينصرف الى جميع ذلك ولو وكله أن يأخذ له هذه الارض مزارعة فأخذها من صاحبها للموكل على أن يزرعها حنطة أو شرط عليه شعيرا أو غيره لم يكن له أن يزرع الا ماشرط عليه رب الارض لان الوكيل اذا امتثل أمره كان عقده كعقد الموكل بنفسه وهو لو أخذ أرضا مزارعة ليزرعها حنطة لم يكن له أن يزرعها غير الحنطة لان صاحب الارض انما رضى بان يكون أجر أرضه الحنطة فلا يملك المستأجر أن يحولها الى غيره ولو وكله بان يدفع أرضا له مزارعة هذه السنة فأجرها ليزرع حنطة أو شعيرا بكر من حنطة وسط أو بكر من شعير وسط أو سمسم أو أرز أو غير ذلك مما تخرجه الارض فذلك جائز استحسانا وفي القياس هو مخالف لان الموكل انما رضى بالمزارعة ليكون شريكا في الخارج وقد أتى بغير ذلك حين أجرها باجرة مسماة ولكنه استحسن فقال قد حصل مقصود الآمر على وجه يكون أنفع له لانه لو دفعها مزارعة فلم يزرعها أو أصاب الزرع آفة لم يكن لرب الارض شئ وهنا تقرر حق رب الارض دينا في ذمة المستأجر اذا تمكن من زراعتها وان لم يزرع أو أصاب الارض آفة ومتى أتى الوكيل بجنس ماأمر به وهو أنفع للآمر مما نص عليه لم يكن مخالفا واذا لم يكن مخالفا كان عقده كعقد الموكل بنفسه فللمستأجر أن يزرع مابداله والتقييد بالحنطة أو الشعير غير مفيد هنا في حق رب الارض فانه لا شركة له في الخارج بخلاف الدفع مزارعة وان أجرها بدراهم أو ثياب أو نحوها مما لايزرع لم يجز ذلك على الموكل لانه خالف في الجنس فرب الارض نص على أن يدفعها مزارعة وذلك اجارة الارض بشئ تخرجه الارض فاذا أجرها الوكيل بشئ لاتخرجه الارض كان مخالفا في جنس مانص عليه الموكل فهو بمنزلة الوكيل بالبيع بالف درهم اذا باع بالف دينار لاينفذ على الموكل بخلاف مااذا باعه بالفي درهم وكذلك ان أمره أن يدفعها هذه السنة مزارعة في الحنطة خاصة فأجرها بكر حنطة وسط جاز ويزرعها الزارع مابداله من الزراعات مما يكون ضرره على الارض مثل ضرر الحنطة أو أقل منها لان تسمية رب الارض الحنطة معتبرة في معرفة مقدار الضرر على الارض به وهو لم يخالفه في الجنس حين سمى الآخر كر حنطة وسط وان أجر بغير الحنطة صار مخالفا للموكل في جنس ماسمى له من أجر الارض فلا ينفذ تصرفه عليه ولو وكله أن يدفعها مزارعة بالثلث فدفعها على ان لرب الارض الثلث جاز لان حرف

الباء يصحب الاعواض ورب الارض هو الذي يستحق الخارج عوضا عن منفعة أرضه فكان هذا بمنزلة التنصيص على اشتراط الثلث له فان قال رب الارض انما عنيت ان للمزارع الثلث لم يصدق لان ما يدعيه يخالف الظاهر الا أن يكون البذر من قبله فيكون القول قوله حينئذ لان المزارع هو الذي يستوجب الخارج عوضا عن عمله بالشرط ولو وكله أن يدفعها مزارعة بالثلث فأجرها من رجل بكر حنطة وسط مخالف لان رب الارض هنا نص على ما هو منافع أرض وهو ثلث الخارج وقد أجرها بغير ذلك ثم هنا نص على الشركة فى الخارج والاجارة بكر من حنطة ليس فيها معنى الشركة فكان هذا مخالفة فى الجنس فى العقد الذي أمره به فان زرعها المستأجر كان الخارج للمزارع وعليه كر حنطة وسط للمؤاجر لان المؤاجر صار غاصبا للارض ولرب الارض ان يضمن نقصان الارض ان شاء المزارع وان شاء الوكيل فى قول أبي يوسف الاول وهو قول محمد رحمهما الله لان الوكيل غاصب والمزارع متلف فان ضمنها المزارع رجع بها على الوكيل لأجل الغرور ويأخذ المؤاجر من الكر الذي أخرجته الارض ما ضمن ويتصدق بالفضل لانه كسب خبيث وان وكله بان يؤجرها بكر حنطة وسط فدفعها مزارعة بالنصف على ان يزرعها حنطة فزرعها فهو مخالف لان ما أتى به أضر على الموكل مما أمره به لانه أمره بعقد يتقرر به حقه فى الاجر اذا تمكن المستأجر من الانتفاع بها وان لم ينتفع ولانه نص على اجارة محضه وقد أتى بعقد الشركة فكان مخالفا وتفريع هذه كتفريع الاولى ولو وكله أن يأخذ هذه الارض مزارعة فاستأجرها الوكيل بكر حنطة لم يجز على الآمر لان ما أتى به أضر عليه لانه ألزمه الكر دينا فى ذمته عند تمكنه من الزراعة وان لم يزرع وهو ما أمره بذلك فلا ينفذ تصرفه عليه الا أن يرضي به ولو وكله بان يأخذها له مزارعة بالثلث فأخذها الوكيل على أن يزرعها المزارع ويكون للمزارع ثلث الخارج ولرب الارض ثلثاه لم يجز هذا على المزارع لان الكلام الذى قاله المزارع انما يقع على ان لرب الارض الثلث لما بينا ان رب الارض هو الذي يستحق الخارج عوضا عن منفعة الارض فما يصحبه حرف الباء يكون حصته من الخارج وقد أتى بضده ولو كان أمره أن يأخذ الارض والبذر والمسئلة بحالها جاز ذلك على المزارع لان المعقود عليه هنا هو عمل العامل وهو الذى يستحق الخارج بمقابلة عمله فاذا شرط الثلث له كان ممتثلا أمره ولو وكله ان يدفع نخله هذا معاملة بالثلث فدفعها على ان الثلثين للعامل لم يجز ذلك على رب

النخيل لان العامل هو الذى يستحق الخارج بالشرط فانما ينصرف أمر رب النخل بهذا اللفظ الى اشتراط الثلث له ولو وكله أن يأخذ له نخل فلان هذه السنة معاملة بالثلث فأخذه على ان الثلثين لرب النخل جاز عليه لما قلنا ولو وكله أن يأخذ هذه الارض هذه السنة وبذرا معها مزارعة فأخذ الوكيل البذر والارض على ان الخارج كله لرب الارض وعليه للمزارع كر حنطة وسط فهذا جائز كان البذر من حنطة أو من غيرها لان ماباشره من العقد أنفع للموكل فانه يستوجب الاجر بتسليم النفس وان لم يستعمله أو أصاب الزرع آفة وان شرط الآخر دراهم أو متاعا بعينه لم يجز وانما استحسن اذا شرط له شيئا مما تخرجه الارض ان أجره لما بينا فى الفصل الاول ولو أمره أن يأخذها له بالثلث والمسئلة بحالها لم يجز فى شئ من ذلك لانه نص على عقد الشركة فى الخارج هنا ولانه لا يدرى ان ثلث الخارج يكون مثل ماشرط له من الاجر أو أقل أو أكثر ولو وكله أن يأخذ هذا النخل معاملة فأخذه على ان الخارج لصاحب النخل وللعامل كر من تمر فارسى عليه جاز لانه اشترط له أفضل مايخرج من النخل وهذا العقد أنفع له من الوجه الذى قلنا وان كان شرط له كرا من دقل جيد نظر فى النخل فان كان ذلك دقلا جاز وان كان فارسيا لم يجز ذلك على العامل بمنزلة مالو شرط له كرا من حنطة أو شعير أو دراهم وذلك لا ينفذ عليه الا أن يرضى به لان تعيينه النخل فى المعاملة يكون تنصيصا على أن يكون أجره من جنس مايخرج ذلك النخل ولو وكله بان يأخذ له نخل فلان معاملة بالثلث فأخذه بكر تمر فارسى جيد لم يلزم العامل الا أن يشاء لانه لايدرى لعل الثلث أكثر مما شرط له فان كان يعلم ان الثلث يكون أقل من ذلك فهو جائز لانه متيقن بتحصيل مقصوده فان قيل قد قلتم انه أمر بعقد الشركة بهذا اللفظ وما أتى به من الاجارة غير الشركة قلنا نعم ولكن الاسباب غير مطلوبة بعينها بل بمقاصدها فانما يعتبر اختلاف السبب اذا لم يعلم بانه حصل مقصوده الذي نص عليه على وجه هو أنفع له فاما اذا علمنا ذلك يقينا فلا معنى لاعتبار الاختلاف فى السبب فلهذا ينفذ تصرفه عليه والله أعلم

باب الزيادة والحط فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) الاصل أن عقد المزارعة والمعاملة فى حكم الزيادة فى البدل والحط

نظير البيع والاجارة وقد بينا أن الزيادة هناك تصح حال قيام المعقود عليه على وجه يبطل ابتداء العقد ولا يصح بعد هلاك المعقود عليه والحط صحيح بعد هلاك المعقود عليه لان الحط اسقاط محض وفى الزيادة معنى التمليك فكذلك فى المزارعة والمعاملة واذا تعاقد الرجلان مزارعة أو معاملة بالنصف وعمل فيها العامل حتى حصل الخارج ثم زاد أحدهما الآخر من نصيبه السدس وحصل له الثلثين ورضى بذلك الآخر فان كان ذلك قبل استحصاد الزرع ولم يتناهى عظم البسر جاز لان ابتداء العقد بينهما فى هذه الحالة يصح مادام المعقود عليه بحيث يزداد بعمل العامل فتصح الزيادة أيضا من أيهما كان لصاحبه وان كان بعد استحصاد الزرع وتناهى عظم البسر فان كان الزائد صاحب النخل وصاحب البذر فى المعاملة فهو باطل لان ابتداء العقد بينهما في هذه الحالة لا يصح فكان بمعنى الزيادة فى الثمن بعد هلاك المعقود عليه وهذا لان العقد قد انتهى فلا يمكن اسناد الزيادة على سبيل الالتحاق بأصل العقد وهي في الحال هبة غير مقسوم فلا يكون صحيحا وان كان الآخر هو الزائد فهو جائز لانه يستوجب بالشرط فيكون هذا منه حطا لا زيادة فان كان شرط بمقابلة عمله نصف الخارج ثم حط ثلث هذا النصف واكتفى بثلث الخارج والحط بعد هلاك المعقود عليه صحيح وكذلك ان كان صاحب الارض الذى لا بذر من قبله هو الذى زاد صاحب البذر لانه يستوجب بالشرط بمقابلة منفعة أرضه فيكون هذا منه حطا لا زيادة واذا اشترطا الخارج فى المعاملة والمزارعة نصفين واشترطا لاحدهما على صاحبه عشرين درهما فسدت المزارعة والمعاملة من أيهما كان البذر أو الشرط لتضمن هذا العقد شراء المعدوم أو الجمع بين الشركة فى الخارج والاجرة دينا فى الذمة بمقابلة عمل العامل أو منفعة الارض ثم الخارج كله لصاحب البذر فى المزارعة ولصاحب النخل فى المعاملة هذا هو حكم فاسد المزارعة والمعاملة وكذلك لو زاد أحدهما صاحبه عشرين قفيزا الا أن هذا الشرط يؤدى الى قطع الشركة بينهما فى الخارج مع حصول الخارج وهو مفسد للعقد والله أعلم

باب النكاح والصلح من الجناية والخلع والعتق والمكاتبة فى المزارعة والمعاملة

(قال رحمه الله) واذا تزوج الرجل امرأة بمزارعة أرضه هذه السنة على أن يزرعها ببذرها وعملها فما خرج فهو بينهما نصفان فالنكاح جائز والمزارعة فاسدة لاشتراط أحد العقدين

فى الاجر والمزارعة كالبيع تبطل بالشروط الفاسدة والنكاح لاتبطل هكذا قال ابراهيم النكاح يهدم الشرط والشرط يهدم البيع وعلى قول أبي يوسف التسمية صحيحة وصداقها أجر مثل نصف الارض وعلى قول محمد رحمه الله التسمية فاسدة ولها مهر مثلها الا أن يجاوز ذلك باجر مثل جميع الارض فحينئذ لها أجر مثل جميع الارض لان الزوج بذل منفعة الارض بمقابلة نصف الخارج وبمقابلة نصفها فان المشروط لها على الزوج ملك النكاح ونصف الخارج لان البذر من قبلها فانما تتوزع منفعة الارض عليهما باعتبار القيمة كما هو قضية المقابلة ونصف الخارج مجهول أصلا وجنسا وقدرا فكان مايقابل البضع من منفعة الارض مجهولا أيضا جهالة التسمية ومثل هذه الجهالة تمنع صحة التسمية فيكون لها مهر مثلها كما لو تزوجها بثوب الا أن يتيقن بوجود الرضا منها يكون صداقها منفعة جميع الارض لانها لما رضيت به بمقابلة سنين كانت بمقابلة أحدهما أرضا فلهذا لايجاوز بالصداق أجر مثل جميع الارض وأبو يوسف يقول الانقسام بين البضع ونصف الخارج باعتبار التسمية لاباعتبار القيمة فيتوزع نصفين كما هو قضية المقاسمة بين المجهول والمعلوم بمنزلة مالوأوصى بثلث ماله لفلان وللمساكين كان لفلان نصف الثلث فهنا أيضا يكون الصداق منفعة نصف الارض والمنفعة مال متقوم فى حكم الصداق فتصح التسمية ويلزم تسليم منفعة نصف الارض اليها وقد عجز عن ذلك لفساد المزارعة فيكون لها اجر مثل نصف الارض فان طلقها قبل الدخول بها كان لها فى قول أبي يوسف رحمه الله نصف المسمى وهو ربع اجر مثل الارض وفى قول محمد رحمه الله لها المنفعة لفساد التسمية وان زرعت المرأة زرعا فأخرجت الارض شيأ أولم تخرج فجميع الخارج للمرأة لانه نماء بذرها وعليها في قياس قول أبي يوسف نصف أجر مثل الارض ولاصداق لها على الزواج لانها استوفت منفعة جميع الارض ونصف ذلك صداقها والنصف الآخر استوفته بحكم مزارعة فاسدة فعليها أجر مثل نصف الارض وعند محمد رحمه الله عليها أجر مثل جميع الارض فيتقاصان ويترادان فضلا ان كان وان كان البذر من قبل الزوج فتزوجها على أن دفع أرضا وبذرا مزارعة بالنصف والمسئلة بحالها فالنكاح صحيح والمزارعة فاسدة وللمرأة مهر مثلها بالغا مابلغ عندهم جميعا لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة البضع وبمقابلة العمل والخارج مجهول الجنس والقدر ووجود أصله على خطر فلم يصح تسميته صداقا فكان لها مهر مثلها بالغا مابلغ وهو الاصل فى هذا الجنس انه متى كان المشروط بمقابلة البضع بعض

الخارج فالتسمية فاسدة عندهم جميعا ومتى كان المشروط منفعة الارض أو منفعة العامل بمقابلة البضع ففى صحة التسمية اختلاف كما بينا حتى لو تزوجها على أن يأخذ أرضها ليزرعها ببذره وعمله بالنصف فللمرأة مهر المثل بالاتفاق لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها ومنفعة الارض ولو تزوجها على أن يأخذ أرضها وبذرا معها مزارعة بالنصف فالمسئلة على الاختلاف لانها شرطت عمل الزوج بمقابلة بضعها ونصف الخارج فيكون الصداق نصف عمل الزوج فى قول أبى يوسف كما بينا ولو تزوجها على أن دفع اليها نخلا معاملة بالنصف فلها مهر مثلها لان الزوج شرط لها نصف الخارج بمقابلة بضعها وعملها ولو تزوجها على أن دفعت اليه نخلا معاملة بالنصف والمسئلة على الخلاف لان الزوج التزم العمل بمقابلة بضعها ونصف الخارج فهذه ست مسائل فى النكاح وست اخرى فى الخلع على هذه الصورة فالمرأة فى الخلع بمنزلة الزوج في النكاح لان بذل الخلع عليها له ففى كل موضع ذكرنا في النكاح أنه يكون لها صداق مثلها ففى الخلع يجب عليها رد المقبوض لان البضع لا يتقوم عند خروجه من ملك الزوج وانما يتقوم باعتبار رد المقبوض وكذلك هذه المسائل الست فى الصلح من جناية العمد الا أن فى كل موضع كان الواجب فى النكاح صداق مثلها ففى الصلح من دم العمد الواجب الدية لان بذل النفس هو الدية عند فساد التسمية فى الصلح بمنزلة مهر المثل فى النكاح وأما كل جناية ليس فيها قصاص أو جناية خطا وقعت على الصلح عنها عقدة مزارعة أو معاملة نحو ما وصفنا فان العقد فى جميع ذلك فاسد بالاتفاق وارش الجناية واجب لان هذا صلح عن مال على مال فيكون بمنزلة البيع يبطل بالشرط الفاسد كما تبطل المزارعة فاشتراط كل واحد من العقدين فى الآخر يفسد كل واحد منهما فأما العتق على شرط المزارعة فى جميع هذه الوجوه فعلى العبد فيه قيمة نفسه بالغا ما بلغت لان المولى انما يزيل عن ملكه فى العتق مالا متقوما فعند فساد التسمية يكون رجوعه بقيمة العبد كما لو أعتق عبده على خمر ولا يدخل هذا الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله على قياس جعل العتق اذا كان شيأ بعينه فاستحق أو هلك قبل القبض لان هناك التسمية كانت صحيحة وهنا أصل التسمية فاسد فيكون هذا نظير العتق على الخمر وأما الكتابة على نحو ذلك فالكتابة فاسدة مع المزارعة والمعاملة لان الكتابة لا تصح الا بتسمية البدل وهو عقد محتمل للفسخ بمنزلة البيع فاشتراط كل واحد من العقدين فى الآخر يفسدهما جميعا فان عملها المكاتب عتق ان خرج

شيء أو لم يخرج اذا كان محله محل آخر بان كان المولى صاحب النخل أو صاحب الارض والبذر لانه أوفى العمل المشروط عليه بمقابلة رقبته ومع فساد التسمية يترك العتق بايفاء المشروط كما لو كاتبه على خمر فأدى الخمر ثم للمكاتب على مولاه أجر مثله وللمولى عليه رقبته فان كانت قيمة رقبته أكثر من أجر المثل فعليه ان يؤدي الفضل وان كان أجر مثله أكثر من قيمة رقبته لم يكن على مولاه شيء لانه نال العتق بمقابلة ما أوفى من العمل فلا تمكن استرداد شيء منه واسترداد بدله كاسترداده ثم في الكتابة الفاسدة المولى أحق بمنافعه فلا يتقوم عليه منافعه الا بقدر ما يحتاج اليه المكاتب وذلك مقدار قيمة رقبته واذا كان محل المكاتب محل المستأجر بان كان البذر من قبل المكاتب لم يعتق وان زرع الارض وحصل الخارج لان الجعل هنا بعض الخارج وهو مجهول اللون والجنس والقدر ومثل هذه الجهالة تمنع العتق وان أدى كما لو كاتبه على ثوب ثم الخارج كله في يد العبد هنا الى ان يرده المولى رقيقا واذا رده المولى رقيقا كان الخارج للمولى باعتبار انه كسب عبده لا باعتبار انه مشروط في الكتابة فلهذا لا يعتق العبد به والله أعلم

باب عمل صاحب الارض والنخل فيها بامر العامل أو بغير أمره

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل أرضا وبذرا على أن يزرعها هذه السنة بالنصف فبذره العامل وسقاه فلما نبت قام عليه رب الارض بنفسه وأجرائه وسقاه حتى استحصد بغير أمر المزارع فالخارج بينهما نصفان ورب الارض متطوع فيما صنع لان الشركة بينهما قد انعقدت في الخارج حين بذره العامل وسقاه وصار العقد بحيث لا يملك رب الارض فسخه فاقامة العمل بعد ذلك كاقامة أجنبي آخر ولو عمل أجنبي آخر فيها كان متطوعا فيما صنع والخارج بين رب الارض والمزارع على الشرط فكذلك اذا فعل رب الارض ذلك فان كان استأجر لذلك فعمل أجيره كعمله وأجر الاجير عليه لانه هو الذي استأجره ثم رب الارض انما عمل فيما هو شريك فيه فلا يستوجب الاجر على غيره ولو كان المزارع بذر البذر فلم ينبت ولم يسقه حتى سقاه رب الارض بغير أمره فنبت فلم يزل يقوم عليه ويسقيه حتى استحصد فالخارج لرب الارض والمزارع متطوع في عمله ولا أجر له وهو القياس ولكنا نستحسن أن نجعل بينهما على ما اشترطا ونجعل رب الارض متطوعا فيما عمل ووجه القياس ان

رب الارض استرد الارض والبذر قبل انعقاد الشركة بينهما لان الشركة بينهما في الخارج لا في البذر وبمجرد القاء البذر في الارض وكونه في الجوالق سواء ولو أخذ رب الارض البذر وزرع بنفسه كان الخارج كله اليه لانه صار مستردا في حال هو يملك فسخ المزارعة في تلك الحالة فكذلك اذا استرده بعد الالقاء في الارض قبل السقي وجه الاستحسان ان سبب الشركة في الخارج القاء البذر فيقام هذا السبب مقام حقيقة الشركة ببيان الزرع (ألا ترى) أنه يقام مقامه في لزوم العقد حتى لا يملك رب الارض فسخه بعد ذلك قصدا ومنع المزارع من العمل فيكون هذا منه اعانة للمزارع أو عمله فيما هو شريك فيه فيكون الخارج بينهما على الشرط كما في الفصل الاول وهو نظير ما استشهد به لو أن رجلا بذر أرضا له فلم ينبت حتى سقاه رجل فنبت كان الزرع الذى سقاه في القياس بمنزلة من غصب بذرا وزرعه وفي الاستحسان الزرع لصاحب الارض والذى سقاه معين له وهذا لانه بعد الزراعة يكون اذنا لكل واحد منهما في سقيه والقيام عليه مستعينا به دلالة فينزل ذلك منزلة أمره اياه بذلك نصا بخلاف ما قبل الزراعة فله تدبير في تقديم عمل الزراعة وتأخيره واختيار ما يزرعه في كل أرض فلا يكون هو آمرا للغاصب بان يزرع بذره في أرضه فيكون الغاصب عاملا لنفسه فكذلك في مسئلة المزارعة بعد ما بذره المزارع هو كالمستعين بصاحب الارض في سقيه والقيام عليه فكانه أمره بذلك نصا فيكون رب الارض عاملا له لا لنفسه ولو بذره رب الارض ولم يسقه ولم ينبت حتى سقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج بينهما على ما اشترطا أما اذا كان ذلك بامر المزارع فهو غير مشكل لانه لو بذره وسقاه كان معينا للمزارع فاذا بذره ولم يسقه أولى وأما اذا كان بغير أمره فلان بمجرد القاء البذر في الارض لم يحصل الخارج وانما حصل بالسقي والعمل بعد وقد باشره المزارع فيكون الخارج بينهما على الشرط وهذا الفعل من رب الارض محتمل يجوز أن يكون على طريق الفسخ منه لعقد المزارعة ويجوز أن يكون على وجه النظر لنفسه وللعامل كيلا يفوت الوقت لاشتغال المزارع بعمل آخر أو لمرض حل به وبالاحتمال لا ينفسخ العقد فلهذا كان الخارج بينهما على الشرط ولو أخذه رب الارض فبذره في الارض وسقاه فنبت ثم ان المزارع يقوم عليه ويسقيه حتى استحصد فالخارج لرب الارض والمزارع متطوع في عمله ولا أجر له لانه قد استحكم استرداد رب الارض حين بذره وسقاه حتى نبت من حيث ان بالنبات تحصل الشركة

فى الخارج ولم يوجد من جهة المزارع ليكون شريكا فى الخارج فانما نبت الخارج كله على ملك رب الارض وانفسخ به عقد المزارعة فصار كان لم يكن ثم المزارع بالعمل بعد ذلك بغير أمره متطوع فلا يستوجب عليه الاجر وان كان البذر من قبل المزارع فبذره ولم يسقه حتى سقاه رب الارض وقام عليه حتى استحصد فالخارج بينهما على الشرط استحسانا وكذلك لو بذره رب الارض ولم يسقه حتى سقاه المزارع وقام عليه حتى استحصد فالخارج بينهما على الشرط ولو بذره رب الارض وسقاه حتى نبت ثم قام عليه المزارع وسقاه فالخارج كله لرب الارض وهو ضامن لمثل ما أخذ من البذر والمزارع متطوع في عمله لانه كان غاصبا لما أخذ من البذر وقد استحكم ذلك بنبات الخارج على ملكه فكانت زراعته فى هذه الارض وفى أرض له أخرى سواء فيكون الخارج كله له والمزارع متطوع لانه عمل فى زرع غيره بغير أمره واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة بالنصف فقام عليه العامل وسقاه وحفظه فلما خرج طلعه أخذه صاحب النخل بغير أمر العامل وقام عليه وسقاه ولقحه حتى أدرك الخارج فهو بينهما على ما اشترطا لان الشركة قد تأكدت بخروج الطلع فيكون رب النخل بعد ذلك معينا للعامل فى النخل بمنزلة أجنبي آخر بعينه ولا أجر لصاحب النخل فى تلقيحه وعمله لانه متبرع فيه لم يأمره العامل به ولو كان العامل حين قبض النخل أخذه صاحبه بغير أمره فسقاه وقام عليه حتى طلع طلعه ثم قبض منه العامل فلقحه وسقاه وقام عليه حتى صار تمرا فجميع ما خرج لصاحب النخل ولا شيء للعامل منه لان الشركة انما تنعقد بينهما بخروج الطلع وحين خرج لم يكن وجد من العامل عمل فيه لا حقيقة ولا حكما فيكون الخارج كله على ملك صاحب النخل ثم لا يتغير ذلك بعمل العامل بل هو فيما عمل كاجنبي آخر ولو كان صاحب النخل قبضه وسقاه وقام عليه فلم يخرج طلعه حتى قبضه العامل بغير أمر صاحبه فسقاه وقام عليه حتى خرج طلعه ثم لقحه وقام عليه حتى صار تمرا فالخارج بينهما على الشرط لما بينا ان الشركة انما تنعقد عند حصول الطلع وقد وجد العمل من العامل عند ذلك على الوجه الذى اقتضته المعاملة فيصير الخارج مشتركا بينهما كما فى مسئلة المزارعة بل أولى لان هناك رب الارض والبذر يملك فسخ العقد قصدا قبل القاء البذر فى الارض وهنا لا يملك ثم هناك لا يجعل رب الارض مستردا فيما أقام من العمل ويجعل الخارج بينهما على الشرط فهنا أولى وفى جميع هذه المسائل لو كان رب الارض والنخل فعل مافعل بامر العامل والمزارع كان الخارج

بينهما على الشرط لان المزارع استعان به فى العمل وهو قصد اعانته لاقامة العمل لنفسه فتكون الاستعانة به بمنزلة الاستعانة بغيره ولو كان استأجر رب الارض والبذر أو رب النخل على ذلك باجر معلوم فالخارج بينهما على الشرط ولا أجر له على المزارع لانه عمل فيما هو شريك فيه ولو أمره أن يستأجر لذلك أجراء ففعل فالخارج بينهما على الشرط وأجر الاجراء عليه ولو كانت المزارعة والمعاملة الاولى بالنصف ثم دفعها العامل الى رب الارض والنخل ليعمل على أن له الثلثان من الخارج والثلث للعامل فالخارج بينهما نصفان على المزارعة الاولى لان العامل استأجر رب الارض والنخل للعمل بجزء من نصيبه ولو استأجره بدراهم لم يستوجب الأجر فكذلك اذا استأجره بجزء من نصيبه ولا يجعل هذا حطا منه لبعض نصيبه من الخارج لان هذا الحط فى ضمن العقد الثانى لا مقصودا بنفسه وقد بطل العقد الثانى فيبطل ما فى ضمنه والله أعلم

باب اشتراط بعض العمل على العامل

(قال رحمه الله) واذا دفع الى رجل نخلا له معاملة على أن يلقحه فما خرج منه فهو بينهما نصفان ولم يشترط صاحب النخل على العامل من السقي والحفظ والعمل شيأ غير التلقيح نظرت فيه فان كان النخل يحتاج الى الحفظ والسقى فالمعاملة فاسدة لان العمل انما يستحق على العامل بالشرط ولا يستحق عليه الا المشروط واذا كان الثمن لا يحصل بالعمل المشروط عليه فما سواه من الاعمال يكون على رب النخل ولو شرط عليه ذلك فسد العقد لان موجب المعاملة التخلية بين العامل وبين النخيل فاشتراط بعض العمل على رب النخل بعدم التخلية يفسد به العقد فكذلك استحقاق ذلك عليه وانما قلنا ان ذلك استحق عليه لان المقصود هو الشركة فى الخارج فلا بد من اقامة العمل الذى به يحصل الخارج ولا يمكن ايجاب ذلك على العامل من غير شرط فيكون على رب النخل ذلك ليتمكن من تسليم نصيب العامل من الخارج اليه كما شرطه له فان لقحه العامل فله أجر مثله فيما عمل وقيمة ما لقحه به لانه صرف عين ماله ومنافعه الى اصلاح ملك الغير بعقد فاسد فيستحق عليه أجر مثله بازاء منافعه وقيمة ما لقحه به بازاء العين الذى صرفه الى ملك الغير فان ابتغى العوض عن جميع ذلك ولم ينل حين كان الخارج كله لصاحب النخل فكان له أجر مثله وقيمة ما لقحه به وان كان

لا يحتاج الى حفظ ولا الى سقي ولا عمل غير التلقيح فالمعاملة جائزة لان العمل الذي يحصل به الخارج مستحق على العامل بالشرط وما وراء ذلك غير محتاج اليه فلايكون مستحقا على رب النخل مالا يحتاج اليه فذكره والسكوت عنه سواء وان كان لايحتاج الي سقي ولكن لو سقي كان أجود لثمرته الا ان تركه لا يضره فالمعاملة جائزة لان المستحق بعقد المعاوضة صفة السلامة فى العوض فأما صفة الجودة لا تستحق بمطلق العقدفلا يكون على رب النخل شئ من العمل هنا وان كان ترك السقي يضره ويفسد بعضه الا إنه لايفسدكله فالمعاملة فاسدة لان بمطلق المعاوضة يستحق صفة السلامة من العيب وذلك لايحصل بالعمل المشروط على العامل فلا بد من القول باستحقاق بعض العمل على رب النخل وهو ما يحصل به صفة السلامة وذلك مفسد للعقد وان كان ترك اشتراط التلقيح عليه وقد اشترط ما سواه لم يجز لان ترك التلقيح يضره على ما بينا أن النخيل اذا لم يلقح أحشفت الثمر فقد بقي بعض العمل على صاحب النخل وهو ما يحصل به صفة السلامة وكذلك كل عمل لا يصلح النخل الا به ولم يشترطه على العامل ولو كان النخل نخلا لا يحتاج الي التلقيح وكان بحيث يحصل ثمره بغير تلقيح الا أن التلقيح أجود له فالمعاملة جائزة لان بمطلق العقد يستحق صفة السلامة لا صفة الجودة ولو دفع اليه النخل ملقحا واشترط عليه الحفظ والسقي جاز لان التخلية بين النخل والعامل انما تشترط بعد العقد وقد وجد بخلاف ما اذا دفع اليه غير ملقح واشترط التلقيح على رب النخل فان ذلك لا يجوز لان التخلية تنعدم عقيب العقد وما يلقحه صاحب النخل والمعاملة يلزم بنفسها من الجانبين فاشتراط ما يفوت موجبه يفسد العقد وفى الاول التلقيح من رب النخل كان قبل العقدفا هو موجب العقدوهو التخلية بين العامل والنخل عقيب العقد موجود وان اشترطا أن يلقحه صاحبه ثم يحفظه العامل ويسقيه لم يجز لان العقد انعقد بينهما فى الحال فالشرط مفوت موجب العقدوان كان مضافا الى ما بعد فراغ صاحب النخل من التلقيح فذلك مجهول لا يدرى يعجله صاحب النخل أو يؤخره والجهالة فى ابتداء مدة المعاملة مفسدة للمعاملة الا أن يشترط أن يلقحه فى هذا الشهر صاحب النخل على أن يحفظه العامل ويسقيه من غرة الشهر الداخل فيجوز لان ابتداء مدة المعاملة هنا فى غرة الشهر الداخل وهو معلوم والمعاملة عقد اجارة فتجوز اضافتها الى وقت فى المستقبل ولو دفعه اليه واشترط التلقيح والسقي على العامل والحفظ على رب النخل لم يجز لان هذا الشرط يعدم التخلية فى

جميع مدة المعاملة فالحفظ محتاج اليه لآن لدرك الثمار الا ان يكون فى موضع لا يحتاج الى الحفظ فتجوز المعاملة والشرط باطل لانه انما يعتبر من الشروط مايكون مفيدا فأما مالا يفيد فالذكر والسكوت عنه سواء ولو اشترط التلقيح والحفظ على العامل والسقى على رب النخل لم يجز أيضا لان هذا الشرط يعدم التخلية فان كان قد يصلح بغير سقى الا ان السقي أفضل له لم يجز أيضا لان صفة الجودة تستحق بالشرط فاذا كانت هذه تحصل بما شرط على رب النخل لم يكن بد من اعتباره وان كان السقي لا يزيد فيه شيأ ولا يضره تركه فالمعاملة جائزة والشرط باطل لانه ليس فى هذا الشرط فائدة فذكره والسكوت عنه سواء ولو دفع الى رجل أرضا وبذرا على أن يزرعها هذه السنة فما خرج منه فهو بينهما نصفان ولم يشترط عليه سقيا ولا حفظا فان كانت أرضا يسقيها السماء لا يحتاج فيها الى سقى ولا حفظ مثل أرض الجزيرة ونحوها فالمزارعة جائزة على شرطهما لان ما يحصل به الخارج قد شرط على المزارع وما سواه من العمل غير محتاج اليه فلا يكون مستحقا على واحد وان كان لا يستغنى عن الحفظ والسقي فالمزارعة فاسدة لانه لا يستحق على العامل الا العمل المشروط فما وراء ذلك مما يحصل به الخارج يكون على رب الارض فكأنه شرط ذلك عليه وهو مفسد للعقد لانعدام التخلية وان كان الزرع لا يحتاج الى سقي ولكنه لو سقى كان أجود له فهو جائز على شرطهما لان بمطلق العقد يستحق صفة السلامة لانهاية الجودة بخلاف ما اذا شرط ذلك على رب الارض فى هذه الصورة لان صفة الجودة تستحق بالشرط وان كان اذا ترك السقى هلك بعضه وخرج بعضه حيا عامرا عطشانا فالمزارعة فاسدة لان بمطلق العقد يستحق صفة السلامة وذلك لا يكون الا بما لم يشترط على العامل فيكون ذلك مستحقا على رب الارض ولو اشترط جميع العمل على العامل لا الحفظ فانه اشترطه على رب الارض فالمزارعة فاسدة لان بهذا الشرط تنعدم التخلية وكذلك لو اشترط السقى على رب الارض ولو اشترط على رب الارض أن يبذره كان هذا فاسدا لان العقد ينعقد بينهما فى الحال فالتخلية تنعدم الى أن يفرغ رب الارض من البذر فان كان اشترط على رب الارض السقي والسقي لو ترك لم يضره ولكنه أجود للزرع ان سقى فالمزارعة فاسدة لان صفة الجودة تستحق بالشرط وان كان السقي لا يزيده خيرا فالمزارعة جائزة والشرط باطل لانه غير مفيد وان كان المطر ربما قل فزاد الزرع وربما كثر فلم يزده السقي خيرا لم تجز المزارعة لان هذا الشرط معتبر مفيد من وجه والاصل فى

الشرائط فى العقد انه يجب اعتبارها الا عند التيقن بخلوها عن الفائدة ويبقى هنا موجب اعتبار الشرط وباعتباره يفسد العقد لانعدام التلخية واذا بذر الرجل فلم ينبت شئ حتى دفعها الى رجل على أن يسقيه ويحفظه فما خرج منه فهو بينهما نصفان فهو جائز لوجود التخلية بين الارض والمزارع عقيب العقد ولو دفعها اليه قبل أن يبذرها على أن يبذرها رب الارض ويسقيها المزارع ويحفظها فهذا فاسد لان العقد انعقد بينهما فى الحال والتخلية تنعدم الى أن يبذرها رب الارض وان كان رب الارض اشترط له أن يبذر على أن يحفظ الزرع بعد ذلك ويسقيه لم يجز أيضا لما بينا انهما أضافا العقد الى وقت فراغ رب الارض من البذر وذلك غير معلوم فقد يعجل ربّ الارض البذر وقد يؤخر ذلك وجهالة مدة المزارعة تفسد العقد الا أن يشترط أن يزرع فى هذا الشهر على أن يحفظه العامل ويسقيه من غرة الشهر الداخل فيجوز حينئذ لانهما أضافا العقد الى وقت معلوم فانما ينعقد العقد بعد مجئ ذلك الوقت والتخلية توجد عقيب انعقاد العقد ولو ان البذر من المزارع على ان الذى يلى طرح البذر فى الارض رب الارض واشترطا لذلك وقتا يكون السقي والحفظ بعده أولم يشترطا فالمزارعة فاسدة لان ربَّ الارض مؤاجر لارضه والعقد يلزم من جانبه بنفسه فيلزمه تسليم الارض فاذا شرط عليه طرح البذر فى الارض فهذا شرط يعدم التخلية بخلاف الاول فهناك انما يلزم العقد من جهة صاحب البذر بعد القاء البذر فى الارض فيكون اضافة المزارعة الى وقت معلوم ولكن يدخل على هذا الحرف المعاملة فانها تلزم بنفسها وقد بينا ان الجواب فيها وفي المزارعة اذا كان البذر من قبَل رب الارض سواء فالوجه أن يقول اشتراط طرح البذر على رب الارض بمنزلة اشتراط البقر عليه اذا كان البذر من قبله غير مفسد للعقد واذا كان البذر من العامل مفسدا للعقد فكذلك اذا اشترطا طرح البذر فى الارض عليه وكذلك لو اشترط الحفظ والسقي على رب الارض فهذا شرط يعدم التخلية ولولم يشترط الحفظ والسقي على واحد منهما ودفعها اليه على أن يزرعها بالنصف جاز وكان السقي والحفظ على المزارع لان رب الارض انما أجر أرضه وليس عليه من العمل قليل ولا كثير وانما العمل الذى يحصل به الخارج على المزارع فالسكوت عنه بمنزلة الاشتراط على المزارع وذلك غير مفسد للعقد واذا دفع الى رجل أرضا على أن يزرعها ببذره وعمله بالنصف فزرعها فلما صار الزرع بقلا باع رب الارض الارض بما فيها من الزرع أولم يسم زرعها فالبيع موقوف لان المزارع مستأجر

للارض ومع المؤاجر العين المستأجرة فى مدة الاجارة تتوقف على اجازة المستأجر لان فى نفوذ العقد ضرر عليه لان المؤاجر لايقدر على التسليم الا باجازة المستأجر فيتوقف البيع على اجازته كالراهن اذا باع المرهون فان أجازه المزارع جاز لان اجازته فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء والمانع من نفوذ العقد حقه وقد زال باجازته ثم للشفيع أن يأخذ الارض بما فيها من الزرع أو بدع اذا كان باعها بزرعها لان الزرع تبع الارض مادام متصلا بها فيثبت للشفيع حق الشفعة فيه ولو أراد أخذ الارض دون الزرع أو الزرع دون الارض أو أخذ الارض وحصة رب الارض من الزرع دون حصة المزارع لم يكن له ذلك لانه تمكن من أخذ الكل فليس له أن يأخذ البعض لما فيه من تفريق الصفقة على المشترى ثم يقسم الثمن على قيمة الارض والزرع فحصة الارض لرب الارض وحصة الزرع بينهما نصفان لان الملك فى الزرع بينهما نصفان وكذلك لو كان البذر من رب الارض لان بعد القاء البذر فى الارض العقد لازم من جهته فلا ينفذ بيعه الا باجازة المزارع وان لم يجزه حتى استحصد الزرع ومضت السنة وقد باعها مع الزرع فللمشترى أن يأخذ الارض ونصف الزرع بحصته من الثمن اذا قسم على قيمة الارض وقيمة الزرع يوم وقع البيع لان المزارعة قد انتهت باستحصاد الزرع فزال المانع من التسليم فيتم العقد فيما هو ملك البائع ألا ترى انه لو كان ابتداء البيع منه بعد استحصاد الزرع كان جائزا فى الارض وحصته من الزرع فهذا مثله وهو بمنزلة مالو باع الراهن المرهون ثم افتكه الراهن قبل أن يفسخ البيع ثم للشفيع أن يأخذ ماتم فيه العقد وهو الارض وحصة رب الارض من الزرع ما لم يحصد وليس له أن يأخذ بعض ذلك دون بعض والجواب فى المعاملة قياس الجواب فى المزارعة فى جميع ماذكرنا ان البيع قبل الادراك لايجوز الا باجازة العامل وبعد الادراك يجوز فى حصة رب النخل فى التمر مع النخل وفى حصة العامل لايجوز الا باجازته فان جد النخل وحصد الزرع فى هذه المسائل قبل أن يأخذ الشفيع ذلك لم يكن للشفيع على الزرع ولا على التمر سبيل لزوال الاتصال ولكنه يأخذ الارض والنخل بحصتهما من الثمن ولو لم يذكر البائع التمر والزرع فى البيع لم يدخل شئ من ذلك فيه سواء ذكر فى البيع كل حق هو لها أو مرافقها أو لم يذكر الا فى رواية عن أبى يوسف رحمه الله فانه يقول بذكر الحقوق والمرافق يدخل الثمر والزرع وان قال بكل قليل أو كثير هو فيها أو منها دخل الزرع والتمر الا أن يكون

قال من حقوقها وقد بينا هذا فى كتاب الشفعة ولو اختصم البائع والمشترى فى ذلك قبل
أن يستحصد الزرع وتكمل السنة وأراد أحدهما نقض البيع وقد أبى المزارع أن يجيز البيع
فالامر فى نقض البيع الى المشترى لان البائع عاجز عن التسليم اليه لما أبى المزارع الاجازة
وفيه ضرر على المشترى فيكون له أن يفسخ البيع الا أن يسلم له البائع ما باعه وان كان
البائع هو الذي أراد نقض البيع فليس له ذلك لان البيع نافذ من جهته لمصادفته ملكه
ولا ضرر عليه فى ابقائه فليس له أن ينقضه وهكذا فى المرهون اذا أبى المرتهن أن يسلم
فان أراد المشترى فسخ العقد فله ذلك وان أراد البائع ذلك ليس له ذلك اذا أبى المشترى
ولم يذكر ان المزارع أو المرتهن اذا أراد نقض البيع هل له ذلك أم لا والصحيح انه
ليس له ذلك لانه لاضرر عليه فى بقاء العقد بينهما انما الضرر عليه فى الاخراج من يده وله
أن يستديم اليد الى أن تنتهى المدة وذلك لا ينافى بقاء العقد فلهذا لايكون لواحد منهما
فسخ العقد فان لم يرد واحد منهما نقض البيع وحضر الشفيع فأراد أخذ ذلك بالشفعة فله
ذلك لان وجوب الشفعة يعتمد لزوم العقد وتمامه من جهة البائع وقد وجد ذلك ثم يكون
هو بمنزلة المشترى انسلم له المبيع والا نقضه فان قال البائع والمشتري لايسلم لك البيع حتى
يسلم للمشترى لم يكن لهما ذلك لان حق الشفيع سابق على ملك المشترى شرعا ولكن
الامر فيه الى الشفيع وهو بمنزلة المشترى فى جميع ذلك حين قدمه الشرع عليه بعدما طلب
الشفعة وان علم الشفيع بهذا الشراء فلم يطلبه بطلت شفعته وان سلم الشراء بعد ذلك
للمشترى فاراد الشفيع أن يطلب الشفعة فليس له ذلك لان سبب وجوب حقه قد تقرر
فتركه الطلب بعد تقرر السبب يبطل شفعته وان لم يكن متمكنا من أخذه وان طلب الشفعة
حين علم فقال له البائع هات الثمن وخذها بالشفعة والا فلا شفعة لك فان سلم البائع الارض
للشفيع فعليه أن يعطيه الثمن وان لم يسلم الارض فللشفيع أن يمنع الثمن حتى يعطيه الارض
لانه قام مقام المشترى فى ذلك ولاحق للبائع فى استيفاء الثمن مالم يتمكن من تسليم المعقود
عليه ولا يبطل ذلك شفعته لانه قد طلبها حين علم وكذلك لو كان البذر من رب الارض
وكذلك هذا فى معاملة النخيل فى جميع ماذكرنا والله أعلم

باب موت المزارع ولا يدرى ماصنع فى الزرع واختلافهما فى البذر والشرط

(قال رحمه الله) واذا مات المزارع بعد ما استحصد الزرع ولم يوجد فى الارض زرع

ولا يدري مافعل فضمان حصة رب الارض في مال المزارع من أيهما كان البذر لان نصيب رب الارض كان أمانة في يد المزارع فاذا مات مجهلا له كان دينا في تركته كالوديعة يصير دينا بموت المودع في تركته اذا كان لا يعلم ماصنع بها وكذلك اذا مات العامل بعد ماطلع الثمر فبلغ أولم يبلغ فلم يوجد في النخيل شيء لان نصيب رب النخل كان أمانة في يد العامل واذا مات رب الارض أو المزارع أو ماتا جميعا فاختلف ورثتهما أو اختلف الحي منهما مع ورثة الميت في شرط الانصباء فالقول قول صاحب البذر أو ورثته مع اليمين لان الاجر يستحق عليه بالشرط فاذا ادعى عليه زيادة في المشروط أنكره هو كان القول قوله مع يمينه ان كان حيا وان كان ميتا فورثته يخلفونه فالقول قولهم مع ايمانهم بالله على علمهم والبينة بينة الآجر لانه يثبت الزيادة ببينته فان اختلفوا في صاحب البذر أيضا كان القول قول المزارع مع يمينه على البتات ان كان حيا وان كان ميتا فالقول قول ورثته مع ايمانهم على العلم لان الخارج في يد المزارع أو في يد ورثته فالقول قول ذي اليد عند عدم البينة والبينة بينة رب الارض لانه خارج محتاج الى الاثبات بالبينة ولو كانا حيين فاختلفا فأقام صاحب الارض البينة انه صاحب البذر وانه شرط للمزارع الثلث وأقام المزارع البينة انه صاحب البذر وانه شرط لرب الارض الثلث فالبينة بينة رب الارض لانه هو الخارج المحتاج الى الاثبات بالبينة وان علم ان البذر من قبل رب الارض وأقاما البينة على الثلث والثلثين فالبينة بينة المزارع لانه يثبت الزيادة ببينته واذا مرض رجل وفي يده أرض لرجل قد أخذها مزارعة وعليه دين في الصحة والبذر من قبله فأقر انه شرط لصاحب الارض الثلثين ثم مات وأنكر ذلك الغرماء فان كان أقر بعد ما استحصد الزرع بدئ بدين الغرماء لان هذا بمنزلة الاقرار بالعين والمريض اذا أقر بدين أو عين لم يصدق في حق غرماء الصحة فيبدأ بدينهم فيقضى فان بقى شيء كان لصاحب الارض مقدار أجر مثلها من الثلثين الذي أقر له به ولان في مقدار أجر المثل أقر بسبب موجب للاستحقاق وهو يملك مباشرة ذلك السبب في حق ورثته فيصح اقراره بذلك القدر من جميع ماله فان بقى من الثلثين بعد ذلك شيء كان له من الثلث لان الزيادة على مقدار أجر المثل محاباة منه والمريض لو أنشأ المحاباة في مرض موته اعتبرت من ثلثه فكذلك اذا أقر به وان كان أقر بذلك حين طلع الزرع وفي ثاني الزرع فضل عن أجر المثل يوم أقر بذلك فلم يثبت حتى استحصد الزرع ثم مات فان صاحب الارض يضرب مع غرماء الصحة بمقدار أجر مثل

الارض من الثلثين فيتحاصون فى ذلك لانه أقر بما يملك انشاءه فان ابتداء عقد المزارعة قبل ادراك الزرع صحيح فتنتفى التهمة عن اقراره فى مقدار أجر المثل ويجعل كما لو أنشأ العقد ابتداء فتثبت المزاحمة بين غرماء الصحة وبين صاحب الارض فى ذلك بخلاف الاول فان بعد استحصاد الزرع لا يجوز ابتداء عقد المزارعة بينهما فيتمكن فى اقراره تهمة فى حق غرماء الصحة وان كان الدين عليه باقراره فى المرض ففى الفصل الاول يتحاصون فى ذلك لانه أقر بدين ثم تعين وقد جمع بين الاقرارين حالة المرض فكانهما وجدا معا وفى الفصل الثانى بدئ باجر المثل لانه لا تهمة فى اقراره فى حال تمكن من انشاء العقد ولهذا كان مزاحما لغرماء الصحة ومن يزاحم غرماء الصحة يكون مقدما على المقر له فى المرض ولو كان البذر من قبل رب الارض كان المريض مصدقا فيما أقر له به لان القول قول رب البذر هنا فى مقدار ما شرط له ولو أن المريض أقر انه كان معينا له كان القول قوله فى ذلك فاذا أقر انه كان مزارعة بجزء يسير أولى أن يقبل قوله فى ذلك وان كان عليه دين الصحة لان اقراره هنا تصرف منه فى منافعه ولا حق للغرماء والورثة في ذلك ولو كان المريض رب الارض وعليه دين الصحة فأقر فى مرضه بعد ما استحصد الزرع انه شرط للمزارع الثلثين ثم مات بدئ بدين الصحة لان هذا اقرار منه بالعين فى مرضه فان بقى شى كان للمزارع مقدار أجر مثله من ثلثى الزرع لان اقراره بذلك القدر صحيح فى حق الورثة فانه يقر بالعين بسبب لا محاباة فيه ولو أقر بالدين بعد اقراره فى حق الورثة ثم الباقى من الثلثين وصية له من الثلث لان الباقى محاباة فيكون وصية تعتبر من الثلث أقر بها أو أنشأها وان كان أقر بذلك حين زرع المزارع وفى ثلثى الزرع يومئذ فضل عن أجر مثله ثم مات بعد ما استحصد الزرع يحاص المزارع غرماء الصحة بمقدار أجر مثله من ثلثى ما أخرجت الارض بمنزلة ما لو أنشأ العقد لان وجوب هذا القدر بسبب لا تهمة فيه ثم الباقى وصية له وان كان الدين على المريض باقراره فى مرضه ففى الوجه الاول يتحاصون وفى الوجه الثانى بدئ باجر مثل المزارع وحال رب الارض فى هذه المسئلة كحال المزارع فى المسئلة الاولى وكذلك الحكم فى المعاملة اذا مرض صاحب النخل وأقر بشئ من ذلك فهو نظير الفصل الاول فيما ذكرنا من التخريج وان كان المريض هو العامل فقال شرط لى صاحب النخل السدس فالقول قوله اذا جحده صاحب النخل لان الذى من جهته مجرد العمل ولو قال كنت معينا له كان القول

قوله فهنا أولى ولا يقبل بينة غرماء العامل وورثته على دعوى الزيادة لانه مكذب لهم فى ذلك والشهود انما يثبتون الحق له فبعد ما أكذبهم لا تقبل شهادتهم له والورثة يقومون مقامه ولو ادعى هو ذلك قبل موته وأقام البينة لا تقبل بينته فكذلك غرماؤه وورثته بعد موته ولا يمين على رب النخل أيضا لان اليمين ينبنى على دعوى صحيحة وان كان المريض صاحب النخل والعامل أحد ورثته وأقر له بشرط النصف بعد ما طلع الثمر فاقراره باطل لانه أقر بالعين له واقرار المريض لوارثه بالعين باطل وان كان أقر حين بدأ بالعمل وطلع الكفري ثم مات بعد ما طلع الثمر أخذ العامل مقدار أجر مثله من نصف الثمر لان اقراره هنا بمنزلة انشاء العقد ولا تتمكن فيه التهمة بقدر أجر المثل ويحاص أصحاب دين الصحة به ويبدأ به قبل الدين الذي أقر به فى مرضه ولا حق له فى الزيادة على ذلك لان الزيادة على ذلك وصية للوارث ولا وصية لوارث وان أراد الوارث العامل أن يستحلف بقية الورثة على ما بقى له مما أقر له به المريض بعد ما أخذ أجر مثله فان اقرار المعاملة كان فى المرض فلا يمين عليهم لانهم لو أقروا بما ادعى لم يلزمهم شئ وان ادعى أنها كانت فى الصحة وانه أقر له بها فى المرض استحلفوا على علمهم لانهم لو أقروا بما ادعي لزمهم فاذا أنكروا استحلفوا على علمهم لرجاء نكولهم وان كان المريض هو العامل ورب النخل من ورثته صدق فيما أقر به من قلة نصيبه كما لو زعم انه كان معينا له وهذا لان تصرفه فى منافعه وللمريض أن يتبرع بمنافعه على وارثه الا ان بينة غرمائه وورثته على الزيادة مقبولة فى هذا الوجه ولهم أن يستحلفوه ان لم يكن لهم بينة لان اقرار المريض فيما يكون فيه منفعة للورثة باطل ولو لم يقر بذلك كانت البينة منهم على دعوى الزيادة مقبولة ويستحلف الخصم اذا أنكر فكذلك اذا طلب اقراره بما أقر به والله أعلم

باب المزارعة والمعاملة فى الرهن

(قال رحمه الله) رجل رهن عند رجل أرضا ونخلا بدين عليه له فلما قبضه المرتهن قال له الراهن احفظه واسقه ولقحه على أن الخارج بيننا نصفان فعمل ذلك فالخارج والارض والنخيل كله رهن والمعاملة فاسدة لان حفظ المرهون مستحق على المرتهن فلا يجوز أن يستوجب شيأ بمقابلته على الراهن (ألا ترى) انه لو استأجر على الحفظ لم يجز الاستئجار فكان هذا بمنزلة مالو شرط عليه ماسوى الحفظ من الاعمال فتكون المعاملة فاسدة والخارج

كله لرب النخل الا انه مرهون لانه تولد من عين رهن وللمرتهن أجر مثله فى التلقيح والسقى دون الحفظ لان الحفظ مستحق عليه بحكم الرهن فأما التلقيح والسقي فقد أوفاه بعقد فاسد ولا يقال ينبغى أن يبطل عقد الرهن بعقد المعاملة لان المرهون هو النخل والارض وعقد المعاملة يتناول منفعة العامل والعقد فى محل لا يرفع عقدا آخر فى محل آخر وكذلك لو كان الرهن أرضا مزروعة وقد صار الزرع فيها بقلا ولو كان الرهن أرضا بيضاء فزارعه الراهن عليها بالنصف والبذر من المرتهن جاز والخارج على الشرط لان صاحب البذر مستأجر للارض والمرتهن اذا استأجر المرهون من الراهن يبطل عقد الرهن لان الاجارة ألزم من الرهن وقد طرأ العقدان فى محل واحد فكان الثانى رافعا للاول فلهذا كان الخارج على الشرط وليس للمرتهن أن يعيدها رهنا وان مات الراهن وعليه دين لم يكن المرتهن أحق بها من غرمائه لبطلان عقد الرهن وان كان البذر من الراهن كانت المزارعة جائزة وللمرتهن أن يعيد الارض فى الرهن بعد الفراغ من الزرع لان العقد هنا يرد على عمل المزارع فلا يبطل به عقد الرهن الا ان المرتهن صار كالمعير للارض من رب الارض (ألا ترى) انه لو دفعها الى غيره مزارعة برضا المرتهن والبذر من قبل الراهن كان المرتهن كالمعير للارض لانه رضى بان ينتفع هو بالارض وذلك باعارة فيخرج به من ضمان الرهن ولكن لا يبطل به عقد الرهن لان الاعارة أضعف من الرهن فيكون له أن يعيد الارض فى الرهن وان كان الرهن أرضا بيضاء وفيها نخل فامره الراهن بان يزرع الارض ببذره وعمله بالنصف ويقوم على النخل ويسقيه ويلقحه ويحفظه بالنصف أيضا ففعل ذلك كله فقد خرجت الارض من الرهن وليس للمرتهن أن يعيدها فيه والخارج بينهما على الشرط لان المرتهن صار مستأجرا للارض وأما النخل والتمر فلا تصح المعاملة فيهما لان العقد فى النخل يرد على منفعة العامل فلا يبطل به عقد الرهن وببقاء عقد الرهن الحفظ مستحق عليه ثم النخل والتمر لا يفتكهما الا باداء جميع الدين وان هلك النخل والتمر هلك بحصة قيمة النخل من الدين مع قيمة الارض لانه صار مضمونا بذلك القدر حين رهنه والتمر الذى هلك صار كان لم يكن وللعامل أجر مثل عمله فى النخل لا فى الحفظ وكذلك ان كان البذر من رب الارض الا ان الارض تعود رهنا هنا اذا انقضت المزارعة لان المرتهن هنا فى معنى المعير لها من الراهن فان مات الراهن كان المرتهن أحق بها من غرمائه سواء مات بعد ما انقضت المزارعة أو قبلها لبقاء عقد الرهن واختصاص المرتهن

بالمرهون بحكم عقد الرهن وان نقصها الزرع شيئا ذهب من مال الراهن لما بينا انه من ضمان الرهن حين كان المرتهن مبيرا من الراهن والله أعلم

باب الشروط الفاسدة التي تبطل وتجوز المزارعة

(قال رحمه الله) واذا شرط المزارع على رب الارض مع حصته من الزرع دراهم معلومة أو شيأ من العمل فسدت المزارعة لان باشتراط شئ من العمل عليه تنعدم التخلية وباشتراط الدراهم علية يجتمع الاجارة مع الشركة فى الخارج وذلك مفسد للمزارعة فان قال ابطل الشرط لتجوز المزارعة لم يجز ولم يبطل بابطاله لان هذا شرط تمكن فيما هو من صلب العقد ومن موجباته فباسقاطه لا ينقلب العقد صحيحا كاشتراط الخمر مع الالف فى ثمن المبيع وكذلك لو اشترط أحدهما على صاحبه الحصاد أو الدياس أو التنقية وقد بينا فساد العقد فى هذا الشرط وما فيه من اختلاف الروايات ثم هذا الشرط من صلب العقد فلا ينقلب العقد صحيحا اذا أسقطه من شرط له ولو اشترطا لاحدهما خيارا معلوما فى المزارعة جاز على ما اشترطا لان عقد المزارعة يتعلق به اللزوم فيجوز اشتراط الخيار فيه مدة معلومة كالبيع والاجارة وان كان خيارا غير مؤقت أو الى وقت مجهول فالمزارعة فاسدة فان أبطل صاحب الخيار خياره وأجاز المزارعة جازت كما فى البيع والاجارة وهذا لان هذا الشرط زائد على ما تم به العقد فهو غير متمكن فيما هو موجب العقد والمعاملة قياس المزارعة فى ذلك وان اشترط أحدهما على صاحبه ان ما صار له لم يبعه ولم يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل لانه لا منفعة فيه لواحد منهما والشرط الذي لا منفعة فيه ليس له مطالب فيلغوا ويبقى العقد صحيحا وذكر فى بعض نسخ الاصل ان على قول أبى يوسف الآخر تبطل المزارعة بهذا الشرط لان فيه ضررا على أحدهما والشرط الذي فيه الضرر كالشرط الذي فيه المنفعة لاحدهما فكما ان ذلك مفسد للعقد فكذا هذا قال لو شرط عليه أن يبيع نصيبه فيه بمائة درهم فسدت المزارعة لان فى هذا الشرط منفعة ولكن الفرق بينهما بما ذكرنا ان الشرط الذي فيه منفعة يطالب به المنتفع والشرط الذي فيه الضرر لا تتوجه المطالبة من أحد فان أبطل صاحب الشرط شرطه فى الفصل الثانى لم تجز المزارعة أيضا لان فى البيع منفعة لكل واحد منهما فلا يبطل الشرط بابطال أحدهما الا أن يجتمعا على ابطاله فحينئذ يجوز العقد وان كان اشترط عليه أن يهب له

نصيبه فسدت المزارعة للمنفعة فى هذا الشرط لاحدهما فان أبطله صاحبه جازت المزارعة لان المنفعة فى هذا الشرط للموهوب له خاصة فتسقط باسقاطه وهو شرط وراء ماتم به العقد فاذا سقط صار كان لم يكن فبقى العقد صحيحا والله أعلم

﴿ كتاب الشرب ﴾

قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله أملاء * اعلم بان الشرب هو النصيب من الماء للاراضى كانت أو لغيرها قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وقال تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر وقسمة الماء بين الشركاء جائزة بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم والناس يفعلون ذلك فاقرهم عليه والناس تعاملوه من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا من غير نكير منكر وهو قسمة تجرى باعتبار الحق دون الملك اذ الماء فى النهر غير مملوك لاحد والقسمة تجرى تارة باعتبار الملك كقسمة الميراث والمشترى وتارة باعتبار الحق كقسمة الغنيمة بين الغانمين ثم بدأ الكتاب بحديث رواه عن الحسن البصرى رحمه الله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من حفر بئرا فله ما حوله أربعين ذراعا عطنا لما شقه والمراد الحفر فى الموات من الارض عند أبى حنيفة رحمه الله باذن الامام وعندهما لا يشترط اذن الامام على ما نبينه وظاهر الحديث يشهد لهما لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الحفر فقط ومثل هذا فى لسان صاحب الشرع لبيان السبب لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر ولكن أبو الحسن رحمه الله يقول اتفقنا على ان الاستحقاق لا يثبت بنفس الحفر مالم يكن ذلك فى الموات من الارض وهذا اللفظ لا يمكن العمل بظاهره الا بزيادة لا يدل اللفظ عليها فلا يقوى الاستدلال بها ثم فيه دليل على ان البئر لها حريم مستحق من قبل أن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع ببئره الا بما حوله فانه يحتاج أن يقف على شفير البئر يستقى الماء والى أن يبنى على شفير البئر مايركب عليه البكرة والى أن يبنى حوضا يجمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه عند الشرب وربما يحتاج أيضا الى موضع تنام فيه مواشيه بعد الشرب فاستحق الحريم لذلك وقدر الشرع ذلك باربعين ذراعا وطريق معرفة المقادير النص دون الرأى الا ان من العلماء رحمهم الله من يقول أربعين ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب

عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربع والاصح ان المراد التقدير بأربعين ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عن صاحب البئر الاول لكيلا يحفر أحد في حريمه بئرا أخرى فتحول اليها ما بئره وهذا الضرر وبما لا يندفع بعشرة أذرع من كل جانب من الاراضى تختلف بالصلابة والرخاوة وفى مقدار أربعين ذراعا من كل جانب يتيقن بدفع هذا الضرر ويستوى فى مقدار الحريم بئر العطن وبئر الناضح عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما حريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح سبعون ذراعا واستدلا بحديث الزهرى أن النبى عليه الصلاة والسلام قال حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة صاحب البئر الناضح الى الحريم أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح ليستقى فيه الماء من البئر بذلك وفى بئر العطن انما يستقى بيده فلا يحتاج الى هذا الموضع واستحقاق الحريم بقدر الحاجة (ألا ترى) أن صاحب العين يستحق من الحريم أكثر مما يستحق صاحب البئر لان ماء العين يفيض على الارض ويحتاج صاحبه الى اتخاذ المزارع حول ذلك لينتفع بما يفيض من الماء والى أن يبنى غديرا يجتمع فيه الماء فاستحق لذلك زيادة الحريم واستدل أبو حنيفة رحمه الله بالحديث الاول فانه عليه الصلاة والسلام قال من حفر بئرا فله ماحولها أربعون ذراعا وليس فيه فصل بين بئر العطن والناضح ومن أصله أن العام المتفق على قبوله والعمل به يترجح على الخاص المختلف فى قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجت الارض ففيه العشر على قوله عليه الصلاة والسلام ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وعلى قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الخضراوات صدقة ورجح أصحابنا رحمهم الله قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص بخلاف القياس لان الاستحقاق باعتبار عمله وعمله فى موضع البئر خاصة فكان ينبغى أن لا يستحق شيأ من الحريم ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار ثبت الاستحقاق وما زاد على ذلك مما اختلف فيه الاثر لا يثبت استحقاقه بالشك هذا أصل أبى حنيفة رحمه الله فى مسائل الحريم ولهذا لم يجعل للنهر حريما وكذلك فى غير هذا الموضع فانه قال لا يستحق الغازى لفرسه الا سهما واحدا لان استحقاقه ثبت بخلاف القياس بالنص فلا يثبت الا القدر المتيقن به فأما حريم العين خمسمائة ذراع كما ورد به الحديث لان الآثار اتفقت عليه

ولكن عند بعضهم الخمسمائة في الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا والاصح أن له خمسمائة ذراع من كل جانب وقد ذكر أبو يوسف في الأمالي هذا مفسرا في بئر الناضح قال يتقدر حريمه بستين ذراعا من كل جانب الا أن يكون الرشا أطول من ذلك فهذا دليل على أن المذهب التقدير من كل جانب بما سمى من الدرعان ثم الاستحقاق من كل جانب في الموات من الارض بما لا حق لاحد فيه أما فيما هو حق الغير فلا حتى لو حفر انسان بئرا فجاء آخر وحفر على منتهى حد حريمه بئرا فانه لا يستحق الحريم من الجانب الذي هو حريم صاحب البئر الاول وانما يستحقه من الجوانب الأخر فيما لا حق فيه لان في ذلك الجانب الاول قد سبق اليه وقد ثبت استحقاقه كما قال عليه الصلاة والسلام منا مباح من سبق فلا يكون لاحد أن يبطل عليه حقه ويشاركه فيه وعن ابن مسعود رضي الله عنه قال أسفل النهر آمر على أهل أعلاه حتى يرووا وفيه دليل انه ليس لاهل الاعلى أن يسكروا النهر ويحبسوا الماء عن أهل الاسفل لان حقهم جميعا ثابت فلا يكون لبعضهم أن يمنع حق الباقين ويختص بذلك وفيه دليل على انه اذا كان الماء في النهر بحيث لا يجرى في أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ بأهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا ليرتفع الماء الى أراضيهم وهذا لان في السكر احداث شئ في وسط النهر المشترك ولا يجوز ذلك مع حق جميع الشركاء وحق أهل الاسفل ثابت مالم يرووا فكان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر ولهذا سماهم آمرا لان لهم أن يمنعوا أهل الاعلى من السكر وعليهم طاعتهم في ذلك ومن تلزمك طاعته فهو أميرك بيانه في قوله عليه الصلاة والسلام صاحب الدابة العطوف أمير على الراكب لانه يأمرهم بانتظاره وعليهم طاعته بحق الصحبة في السفر وفيه حكاية أبي يوسف رحمه الله حين ركب مع الخليفة يوما فتقدمه الخليفة لجوده ابنه فناداه أيها القاضي الحق بي فقال أبو يوسف ان دابتك اذا حركت طارت وان دابتي اذا حركت قطعت واذا تركت وقفت فانتظرني فان النبي عليه الصلاة السلام قال صاحب الدابة العطوف أمير على الراكب فأمر بان يحمل أبو يوسف رحمه الله على جنبة له وقال احمل أباك على هذا أهون من تأميرك علي وعن محمد بن اسحق يرفعه الى النبي صلى الله عليه وسلم قال اذا بلغ الوادي الكعبين لم يكن لاهل الاعلى أن يحبسوه عن الاسفل والمراد به الماء في الوادي والوادي اسم لموضع في أسفل الجبل ينحدر الماء من كل جانب من الجبل فيجتمع

فيه ويجرى الى الموضع الذى ينتفع به الناس فقوله اذا بلغ الوادى الكعبين ليس بتقدير لازم بالكعبين بل الاشارة الى كثرة الماء لان فى موضع الوادى سعة فاذا بلغ الماء فيه هذا المقدار فهو كثير يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع به بقدر حاجته عادة فاذا أراد أهل الاعلى أن يحبسوه عن أهل الاسفل فانما قصدوا بذلك الاضرار بأهل الاسفل فكانوا متعنتين فى ذلك لامنتفعين بالماء واذا كان الماء دون ذلك فربما لا يفضل عن حاجة أهل الاعلى فهم منتفعون بهذا الحبس والماء الذى ينحدر من الجبل الى الوادى على أصل الاباحة فمن يسبق اليه فهو أحق بالانتفاع به بمنزلة النزول فى الموضع المباح كل من سبق الى موضع فهو أحق به ولكن ليس له أن يتعنت ويقصد الاضرار بالغير فى منعه عما وراء موضع الحاجة فعند قلة الماء يدئ أهل الاعلى أسبق الى الماء فلهم أن يحبسوه عن أهل الاسفل به قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم للزبير بن العوام رضى الله فى حادثة معروفة وعند كثرة الماء يتم انتفاع صاحب الاعلى من غير حبس فليس له أن يتعنت بحبسه عن أهل الاسفل وعن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلا والنار وفى الروايات الناس شركاء فى ثلاث وهذا أعم من الاول ففيه اثبات الشركة للناس كافة المسلمين والكفار فى هذه الاشياء الثلاثة وهو كذلك وتفسير هذه الشركة فى المياه التى تجرى فى الاودية والانهار العظام كجيحون وسيحون وفرات ودجلة ونيل فان الانتفاع بها بمنزلة الانتفاع بالشمس والهواء ويستوى فى ذلك المسلمون وغيرهم وليس لاحد أن يمنع أحدا من ذلك وهو بمنزلة الانتفاع بالطرق العامة من حيث التطرق فيها ومرادهم من لفظة الشركة بين الناس بيان أصل الاباحة والمساواة بين الناس فى الانتفاع لا انه مملوك لهم فالماء فى هذه الاودية ليس بملك لاحد وأما ما يجري فى نهر خاص لاهل قرية ففيه نوع شركة لغيرهم وهو حق الشفة من حيث الشرب وسقى الدواب فانهم لا يمنعون أحدا من ذلك ولكن هذه الشركة أخص من الاول فليس لغير أهل القرية أن يسقوا نخيلهم وزروعهم من هذا النهر وكذلك الماء فى البئر فيه لغير صاحب البئر شركة لهذا القدر وهو الشفة وكذلك الحوض فان من جمع الماء فى حوضه وكرمه فهو أخص بذلك الماء مع بقاء حق السقى فيه للناس حتى اذا أخذ انسان من حوضه ماء للشرب فليس له أن يسترده منه واذا أتى الى باب كرمه ليأخذ الماء من حوضه للشرب فله أن يمنعه من أن يدخل كرمه لان هذا ملك خاص له ولكن ان كان يجد الماء قريبا

من ذلك الوضع فى غير ملك أحد يقول له اذهب الي ذلك الوضع وخذ حاجتك من الماء لانه لايتضرر بذلك وان كان لا يجد ذلك فاما أن يخرج الماء اليه أو يمكنه من أن يدخل فيأخذ بقدر حاجته لان له حق السفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة فأما اذا أحرز الماء فى جب أو جرة أو قربة فهو مملوك له حتى يجوز بيعه فيه وليس لاحد أن يأخذ شيئا منه الا برضاه ولكن فيه شبهة الشركة من وجه ولهذا لايجب القطع لسرقته وعلى هذا حكم الشركة فى الكلا فى المواضع التى لا حق لاحد فيها بين الناس فيه شركة عامة فلا يكون لاحد أن يمنع أحدا من الانتفاع به فاما مانبت من الكلا فى أرضه مما لم ينبته أحد فهو مشترك بين الناس أيضا حتى اذا أخذه انسان فليس لصاحب الارض أن يسترده منه واذا أراد أن يدخل أرضه ليأخذ ذلك فلصاحب الارض أن يمنعه من الدخول فى أرضه ولكن ان كان يجد ذلك فى موضع آخر يأمره بالذهاب الى ذلك الموضع وان كان لا يجد وكان بحيث يخاف على ظهره فاما ان يخرج اليه مقدار حاجته أو يمكنه من أن يدخل أرضه فيأخذ مقدار حاجته فاما ماأنبته صاحب الارض بان سقى أرضه وكربها لنبت الحشيش فيها لدوابه فهو أحق بذلك وليس لاحد أن ينتفع بشئ منه الا برضاه لانه حصل بكسبه والكسب للمكتسب وهذا الجواب فيما لم ينبته صاحب الارض من الحشيش دون الاشجار فاما في الاشجار فهو أحق بالاشجار النابتة في أرضه من غيره لان الاشجار تحرز عادة وقد صار محرزا له من يده الثابتة على أرضه وأما الحشيش فلا يحرز عادة وتفسير الحشيش ما تيسر على الارض مما ليس له ساق والشجر ماينبت على ساق وبيان ذلك فى قوله تعالى والنجم والشجر يسجدان والنجم ماينجم فتيسر على الارض والشجر ماله ساق وبيان الشركة فى النار ان من أوقد نارا فى صحر لاحق لاحد فيه فلكل واحد أن ينتفع بناره من حيث الاصطلاء بها وتجفيف الثياب والعمل بضوءها فاما اذا أراد أن يأخذ من ذلك الجمر فليس له ذلك اذا منعه صاحب النار لان ذلك حطب أو فحم قد أحرزه الذي أوقد النار وانما الشركة التى أثبتها رسول الله صلى الله عليه وسلم فى النار والنار جوهر الحر دون الحطب والفحم فان أخذ شيئا يسيرا من ذلك الجمر نظر فان كان ذلك ماله قيمة اذا جعله صاحبه فحما كان له أن يسترده منه وان كان يسيرا لاقيمة له فليس له أن يسترده منه وله منه أن يأخذه من غير استئذان لان الناس لا يمنعون هذا القدر عادة والمانع يكون متعنتا لا منتفعا وقد بينا ان المتعنت ممنوع

من التعنت شرعا وعن عائشة رضى الله عنها قالت نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع نقع الماء يعنى المستنقع فى الحوض وبه نأخذ فان البيع تمليك فيستدعى محلا مملوكا والماء فى الحوض ليس بمملوك لصاحب الحوض فلا يجوز بيعه فلظاهر الحديث لا يجوز بيع الشرب وحده لان ما يجرى في النهر الخاص ليس بمملوك للشركاء والبيع لا يسبق الملك وانما الثابت للشركاء فى النهر الخاص حق الاختصاص بالماء من حيث سقى النخيل والزرع ولصاحب المستنقع مثل ذلك وبيع الحق لا يجوز وعن الهيثم ان قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر فابوا فسألوهم أن يعطوهم دلوا فابوا أن يعطوهم فقالوا لهم ان أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تقطع فابوا أن يعطوهم فذكروا ذلك لعمر رضى الله عنه فقال لهم عمر فهلا وضعتم فيهم السلاح وفيه دليل انهم اذا منعوهم ليستقوا الماء من البئر فلهم أن يقاتلوهم بالسلاح واذا خافوا على أنفسهم أو على ظهورهم من العطش كان لهم فى البئر حق الشفة فاذا منعوا حقهم وقصدوا اتلافهم كان لهم أن يقاتلوهم عن أنفسهم وعن ظهورهم كما لو قصدوا قتلهم بالسلاح واما اذا كان الماء محرزا فى اناء فليس للذى يخاف الهلاك من العطش أن يقاتل صاحب الماء بالسلاح على المنع ولكن يأخذ منه فيقاتله على ذلك بغير سلاح وكذلك فى الطعام لانه ملك محرز لصاحبه ولهذا كان الآخذ ضامنا له فاذا جاز له أخذه لحاجته فالمانع يكون دافعا عن ماله وقد قال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد فكيف يقاتل من اذا قتله كان شهيدا على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما البئر مباح غير مملوك لصاحب البئر فلا يكون هو في المنع دافعا عن ملكه ولكنه مانع عن المضطر حقه فكان له أن يقاتله بالسلاح وللاول أن يقاتل بما دون السلاح لان صاحب الماء مأمور بأن يدفع اليه بقدر ما يدفع به الضرورة عنه فهو فى المنع مرتكب ما لا يحل فيؤدبه على ذلك بغير سلاح وليس مراد عمر رضى الله عنه المقاتلة بالسلاح على منع الدلو فان الدلو كان ملكا لهم ولو كان المراد ذلك فتأويل قوله فهلا وضعتم فيهم السلاح أى برهنتم عندهم ما معكم من السلاح ليطمئنوا اليكم فيعطونكم الدلو لا أن يكون المراد الامر بالقتال وعن عروة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أحيا أرضا ميتة فهى له وليس لعرق ظالم حق وفيه دليل على ان الموات من الاراضى يملك بالاحياء وأصح ما قيل فى حد الموات أن يقف الرجل فى طرف العمران فينادى باعلى صوته فالى أى موضع ينتهى صوته يكون من فناء العمران لان سكان ذلك الموضع يحتاجون الى ذلك

لرعى المواشي وما أشبه ذلك وما وراء ذلك من الموات ثم عند أبي حنيفة رحمه الله انما يملكها بالاحياء بعد اذن الامام وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لاحاجة فيه الى اذن الامام لان النبي صلى الله عليه وسلم قد أذن في ذلك وملكها ممن أحياها أو لانه لاحق لاحد فيها فكل من سبقت يده اليها وتم احرازه لها فهو أحق بها كمن أخذ صيدا أو حطبا أو حشيشا أو وجد معدنا أو ركازا في موضع لاحق لاحد فيه وأبو حنيفة استدل بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ماطابت به نفس امامه وهذا وان كان عاما فمن أصله ان العام المتفق على قبوله يترجح على الخاص وقال صلى الله عليه وسلم الا ان عادى الارض هي لله ورسوله ثم هي لكم من بعد فما كان مضافا الى الله تعالى والرسول صلى الله عليه وسلم فالتدبير فيه الى الامام فلا يستبد أحد به بغير اذن الامام كخمس الغنيمة فرسول الله صلى الله عليه وسلم في هذا الحديث أشار الى ان هذه الاراضي كانت في يد المشركين ثم صارت في يد المسلمين بايجاف الخيل فكان ذلك لهم من الله تعالى ورسوله عليه الصلاة والسلام وما كان بهذه الصفة لم يختص أحد بشيء منه دون اذن الامام كالغنائم وقوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة لبيان السبب وبه نقول ان سبب الملك بعد اذن الامام هو الاحياء ولكن اذن الامام شرط وليس في هذا اللفظ ماينفي هذا الشرط بل في قوله عليه الصلاة والسلام وليس لعرق ظالم حق اشارة الى هذا الشرط فالانسان على رأى الامام والاخذ بطريق التغالب في معنى عرق ظالم وقيل معنى قوله عليه الصلاة والسلام وليس لعرق ظالم حق ان الرجل اذا غرس أشجارا في ملكه فخرجت عروقها الى أرض جاره أو خرجت أغصانها الى أرض جاره فانه لايستحق ذلك الموضع من أرض جاره بتلك الاغصان والعروق الظالمة فالظلم عبارة عن تحصيل الشيء في غير موضعه وقيل المراد بعرق الظالم أن يتعدى في الاحياء ماوراء أحد الموات فيدخل في حق الغير ولا يستحق بذلك شيئا من حق الغير وعن عمر رضي الله عنه قال من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس بعد ثلاث سنين حق والمراد بالمحجر المعلم بعلامة في موضع واشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع فان من أعلم في موضع من الموات علامة فكأنه منع الغير من احياء ذلك الموضع فيسمى فعله تحجيرا وبيان ذلك ان الرجل اذا مر بموضع من الموات فقصد احياء ذلك الموضع فوضع حول ذلك الموضع احجارا أو حصد ما فيها من الحشيش والشوك وجعلها حول ذلك فمنع الداخل من الدخول فيها فهذا تحجير ولا يكون أحياء انما الاحياء أن يجعلها صالحة للزراعة بأن

كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا ثم بعد التحجير له من المدة ثلاث سنين كما أشار اليه عمر رضي الله عنه لانه يحتاج الى أن يرجع الى وطنه ويهيئ أسبابه ثم يرجع الى ذلك الموضع فيحييه فيجعل له من المدة للرجوع الى وطنه سنة واصلاح أموره فى وطنه سنة والرجوع الى ذلك الموضع سنة فالى ثلاثة سنين لا ينبغى أن يشتغل باحياء ذلك الموضع غيره ولكن ينتظره ليرجع وبعد مضى هذه المدة الظاهر انه قد بدا له وانه لا يريد الرجوع اليها فيجوز لغيره احياؤها هذا من طريق الديانة فاما فى الحكم اذا أحياها انسان باذن الامام فهى له لان بالتحجير لم تصر مملوكة للاول فسبب الملك هو الاحياء دون التحجير وعن طاوس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان عادى الارض لله ورسوله فمن أحيا أرضا ميتة فهى له والمراد الموات من الاراضى سماه عاديا على معنى ان ماخربت على عهد عاد وفى العادات الظاهرة ما يوصف بطوله مضى الزمان عليه ينسب الى عاد فمعناه ما تقدم خرابه مما يعلم انه لاحق لاحد فيه وعن أبى معمر عن أشياخه رفعوه الى النبي صلى الله عليه وسلم انه قضى فى السراج من ماء المطر اذا بلغ الماء الكعبين أن لا يحبسه الا على جاره قال أبو معمر السراج السواقى وهى الجداول التى عند سفح الجبل يجتمع ماء السيل فيها ثم ينحدر منها الى الوادى وقد بينا أن مراده من هذا اللفظ العبارة عن كثرة الماء وعن سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أخذ شبرا من أرض بغير حق طوقه الله من سبع أرضين قيل معناه من تطوق فى أرض الغير فالموضع الذى يضع عليه القدم بمنزلة شبر من الارض وقيل معناه من نقص من المسنات فى جانب أرضه بان حول ذلك الى أرض جاره فذلك قدر شبر من الارض أخذه أو كان أرضه بجنب الطريق فجعل المسناة على الطريق لتتسع به أرضه فهو فى معنى شبر من الارض أخذه بغير حق وهو معنى الحديث الذى روى لعن الله من غير منار الطريق يعنى العلامة بين الارضين وقال انما ذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم الشبر على طريق التمثيل للمبالغة فى المنع من غصب الاراضى وليس المراد به التحقيق ثم فى الحديث بيان عظم المأثم فى غصب الاراضى وهو دليل أبى حنيفة رحمه الله فى أنه لا ضمان على غاصب الاراضى فى الدنيا لان النبي عليه الصلاة والسلام بين جزاء الآخذ بالوعيد الذى ذكره فى القيامة ولو كان حكم الضمان ثابتا لكان الاولى أن يبينه لان الحاجة الى معرفته أمس ثم جعل المذكور من الوعيد جميع جزائه فلو أوجبنا الضمان مع ذلك لم يكن الوعيد جميع جزائه

وللفقهاء في معنى مثل هذه الالفاظ طريقين أحدهما الحمل على حقيقته انه يطوق ذلك الموضع في القيامة ليعرف به مافعله ويكون ذلك عقوبة له كما قال عليه الصلاة والسلام لكل غادر لواء يوم القيامة يركز عند باب استه تعرف به غدرته والمراد به بيان شدة العقوبة لاحقيقة ماذكر من أنه يطوق ذلك الموضع من الارض يوم القيامة فقد قال الله تعالى يوم تبدل الارض غير الارض وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتمنعوا الماء مخافة الكلا يريد به أن صاحب البئر اذا كان له مرعي حول بئره فلا ينبغى له أن يمنع من يستقى الماء من بئره لنفسه أو لظهوره مخافة أن يصيب ظهره من ذلك الكلا لان له في حق الشفة في ماء البئر فلا يمنعه حقه ولكن يحفظ جانب أرضه وما فيه من الكلا حتى لايدخل دابة المستقي في ذلك الموضع وان شق عليه ذلك أخرج اليه من الماء مقدار حاجته وحاجة ظهره وعن نافع رفع حديثه الى النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تمنعوا أحدا ماء ولا كلأ ولا نارا فانه متاع للمقوين وقوة للمستعينين والمقوي هو الذي فنى زاده والمستمين هو المضطر المحتاج وقد بينا أن صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام أثبت بين الناس في هذه الاشياء الثلاثة شركة عامة بطريق الاباحة فلاينبغى لاحد أن يمنع أحدا مما جعله الشرع حقا له واذا كان لرجل نهر أو بئر أو قناة فليس له أن يمنع ابن السبيل أن يستقى منها فيشرب ويسقى دابته وبعيره وشياهه فان ذلك من الشفة والشفة عندنا الشرب لبنى آدم والبهائم وهذا لان الحاجة الي الماء تتجدد في كل وقت ومن سافر لايمكنه أن يستصحب الماء من وطنه لذهابه ورجوعه فيحتاج الى أخذ الماء من الآبار والانهار التى تكون على طريقه وفي المنع من ذلك حرج وكما يحتاج الى ذلك لنفسه فكذلك يحتاج اليه لظهره لانه في العادة يعجز عن السفر بغير مركب وكذلك يحتاج الي ذلك للطبخ والخبز وغسل الثياب وأحد لايمنع أحدا من ذلك فان كان له جدول يجرى فيه الماء الي أرضه ويجنب ذلك الموضع صاحب ماشية اذا شربت الماشية منها انقطع الماء لكثرة المواشي وقلة ماء الجدول فقد اختلف المتأخرون رحمهم الله في هذا الفصل منهم من يقول هذا من الشفه وليس لصاحب الجدول أن يمنع ذلك وأكثرهم علي أن له أن يمنع في مثل هذه الصورة لان الشفه مالا يضر بصاحب النهر والبئر فامامايضربه ويقطع حقه فله أن يمنع ذلك اعتبارا بسقي الاراضى والنخيل والشجر والزرع فله أن يمنع من يريد سقي نخله وشجره وزرعه من نهره أو قناته أو بئره

أو عينه وليس لاحد أن يفعل ذلك الا باذنه إما لانه يريد أن يسوى نفسه بصاحب الحق فيما هو المقصود فالنهر والقناة انما يشق لهذا المقصود وليس لغير المستحق أن يسوى نفسه بالمستحق فيما هو المقصود بخلاف الشفة فذلك بيع غير مقصود لان النهر والقناة لايشق فى العادة لاجله أو لانه يحتاج الى أن يحفر نهرا من هـذا النهر الى أرضه فيكسر به ضفة النهر وليس له أن يكسر ضفة نهر الغير وكذلك فى البئر يحتاج الى أن يشق نهرا من رأس البئر الى أرضه وما حول البئر حق صاحب البئر حريما له فليس لغيره أن يحدث فيه شيأ من ذلك بغير اذنه وكذلك ان كان يريد أن يجرى ماءه فى هذا النهر مع صاحب النهر ليسقى به أرضه لان النهر ملك خاص لاهل النهر فلا يجوز له أن ينتفع بملك الغير الا باذنه فان كان قد اتخذ شجره أو خضره فى داره فاراد أن يسقي ذلك الموضع بحمل الماء اليه بالجرة فقد استقصى فيه بعض المتأخرين من أئمة بلخ رحمهم الله وقالوا ليس له ذلك الا باذن صاحب النهر والاصح انه لايمنع من هذا المقدار لان الناس يتوسعون فيه والمنع منه يعد من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب معالي الامور ويبغض سفسافها فان أذن له صاحب النهر فى سقى أرضه أو عادة ذلك الموضع فلا بأس بذلك لان المنع كان لمراعاة حقه فاذا رضى به فقد زال المانع وان باعه شرب يوم أو أقل من ذلك أو أكثر لم يجز لان ذلك الماء فى النهر غير مملوك انما هو حق صاحب النهر وبيع الحق لايجوز لانه مجهول لا يدرى مقدار مايسلم له من الماء فى المدة المذكورة وبيع المجهول لايجوز وهو غرر فلا تدرى أن الماء يجرى فى ذلك الوقت فى النهر أو لايجرى واذا انقطع الماء فليس للبائع تمكن اجرائه ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع الغرر وكذلك لو استأجره لانه يلتزم تسليم مالا يقدر على تسليمه أو تسليم مالا يعرف مقداره ثم المقصود من هذا الاستئجار الماء وهو عين والاستئجار المقصود لاستهلاك العين لايجوز كاستئجار المرعى للرعي واستئجار البقرة لمنفعة اللبن بخلاف استئجار الظئر فان لبن الآدمية فى حكم المنفعة لان منفعة كل عضو بحسب مايليق به فمنفعة الثدى اللبن ولهذا لا يجوز بيع لبن الآدمية ولان العقد هناك يرد على منفعة التربية واللبن آلة فى ذلك بمنزلة الاستئجار على غسل الثياب فالحرض والصابون آلة فى ذلك والاستئجار لعمل الصناعة فان الصنع بمنزلة الآلة فى ذلك فاما هنا لامقصود فى هذا الاستئجار سوى الماء وهو عين وكذلك لو شرط فى اجارته أو شرائه شرب هذه الارض وهذا الشجر وهذا

الزرع أو قال حتى يكتفى فهذا كله باطل لمعنى الجهالة والغرر واذا اشترى الرجل شرب ماء ومعه أرض فهو جائز لان الارض عين مملوكة مقدورة التسليم فالعقد يرد عليها والشرب يستحق تبعا وقد يدخل فى البيع تبع مالا يجوز افراده بالبيع كالاطراف من الحيوانات لايجوز افرادها بالبيع ثم يدخل تبعا فى بيع الاصل وبعض المتأخرين من مشايخنا رحمهم الله أفتى أن يبيع الشرب وان لم يكن معه أرض للعادة الظاهرة فيه فى بعض البلدان وهذه عادة معروفة بنسف قالوا المأجور الاستصناع للتعامل وان كان القياس يأباه فكذلك بيع الشرب بدون الارض واذا استأجر أرضا مع شربها جاز كما يجوز الشراء وهذا لان المقصود الانتفاع بالارض من حيث الزراعة والفراسة وانما يحصل هذا المقصود بالشرب فذكر الشرب مع الارض فى الاستئجار التحقيق ماهو المقصود بالاستئجار فلا يفسد به العقد واذا اشترى الرجل أرضا لم يكن له شربها ولا مسك مائها لان العقد يتناول عين الارض بذكر حدودها فما يكون خارجا من حدودها لا يدخل تحت العقد الا بالتسمية والشرب والمسيل خارج من الحدود المذكورة فان اشترط شربها فله الشرب وليس له المسيل لان الشرب غير المسيل فالمسيل الموضع الذي يسيل فيه الماء والشرب الماء الذى يسيل فى المسيل فباشتراط أحدهما لا يثبت له استحقاق الاجر وانما يستحق المشروط خاصة ويجعل فيما لم يذكر كأنه لم يشترط شيأ ولو اشترط مسيل الماء مع الشرب يستحق ذلك كله بالشرط ولو اشتراها بكل حق هو لها كان له المسيل والشرب لانهما من حقوقها فالمقصود بالاراضي الانتفاع بها وانما يتأتى ذلك بالمسيل والشرب فكانت من حقوقها كالطريق للدار وكذلك لو اشترط مرافقها لان المرافق مايترفق به فانما يتأتى الترفق بالارض بالشرب والمسيل وكذلك لو اشترط كل قليل وكثير هو فيها أو منها كان له الشرب والمسيل لانه من القليل والكثير ثم المراد بقوله منها أي من حقوقها ولكنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه ومثل هذا الحذف عرف أهل اللسان واذا استأجر أرضا فليس له مسيل ماء ولا شرب فى القياس اذا أطلق العقد كما فى الشراء فالمستأجر يستحق بالعقد بذكر الحدود كالمشترى فكما أن الشرب والمسيل الذى هو خارج عن الحدود المذكورة لا يستحق بالشراء فكذلك بالاستئجار ولكنه استحسن فجعل للمستأجر مسيل الماء والشرب هنا بخلاف الشراء لان جواز الاستئجار باعتبار التمكن من الانتفاع (ألا ترى) أن مالا ينتفع به لايجوز استئجاره كالمهر

الصغير والارض السبخة والانتفاع بالارض لا يتأتى الا بالشرب والمسيل فلو لم يدخلهما يفسخ العقد والمتعاقدان قصدا تصحيح العقد فكان هناذكر الشرب والمسيل بخلاف الشراء فوجبه ملك العين (ألا ترى) أن شراء مالا يملك الانتفاع به جائز نحو الارض السبخة والمهر الصغير فلا يدخل فى الشراء ما وراء المسمى بذكر الحدود وفى الكتاب ذكر حرفا آخر فقال لان الارض لم تخرج من يد صاحبها يعنى أن بعقد الاجارة لا يملك المستأجر شيأ من العين وانما يملك الانتفاع به فى المدة المذكورة فلو أدخلنا الشرب والمسيل لم يتضرر صاحب الارض بازالة ملكه عنها وفى ادخالهما تصحيح العقد فأما البيع يزيل ملك العين عن البائع ففى ادخال الشرب والمسيل فى البيع ازالة ملكه عما لم يظهر رضاه به وذلك لا يجوز وهذا نظير ما تقدم أن الثمار والزرع يدخل فى رهن الاشجار والارض من غير ذكر ولا يدخل فى الهبة واذا ثبت أن بدون الشرط يدخل الشرب والمسيل فى الاشجار فمع الشرط أولى وكذلك ان شرط كل حق هو لها أو مرافقها أو كل قليل وكثير هو فيها أو منها فمنذ ذكر هذه الالفاظ يدخل الشرب والمسيل فى الشراء ففى الاجارة أولى واذا كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف كان أصله بينهم فاختلفوا فيه واختصموا فى الشرب فان الشرب بينهم على قدر أراضيهم لان المقصود بالشرب سقي الاراضى والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها فالظاهر ان حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وقدر حاجته والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه فان قيل فقد استووا فى اثبات اليد على الماء فى النهر والمساواة فى اليد توجب المساواة فى الاستحقاق عند الاشتباه قلنا لا كذلك فاليد لا تثبت على الماء فى النهر لاحد حقيقة وانما ذلك الانتفاع بالماء والظاهر أن انتفاع من له عشر قطاع لا يكون مثل انتفاع من له قطعة واحدة ثم الماء لا يمكن احرازه باثبات اليد عليه وانما احرازه بسقي الاراضى فانما تثبت اليد عليه بحسب ذلك وهذا بخلاف الطريق اذا اختصم فيه الشركاء فانهم يستوون فى ملك رقبة الطريق ولا يعتبر فى ذلك سعة الدار وضيقها لان الطريق عين تثبت اليد عليه والمقصود التطرق فيه والتطرق فيه الى الدار الواسعة والى الدار الضيقة بصفة واحدة بخلاف الشرب على ما ذكرنا فان كان الاعلى لا يشرب حتى يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان فى السكر قطع منفعة الماء عن أهل الاسفل فى بعض المدة وليس لبعض الشركاء هذه الولاية فى نصيب شركائه يوضحه أن فى السكر

احداث شيء في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فليس لبعض الشركاء أن يحدث فيها شيأ بدون اذن الشركاء وربما ينكسر النهر بما يحدث فيها عند السكر فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى تشرب حصته أجزت ذلك بينهم لان المانع حقهم وقد انعدم بتراضيهم فان أصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في يومه أجزته أيضا فان قسمة الماء في النهر تكون بالاجر تارة وبالايام أخرى فان تراضوا على القسمة بالايام جاز لهم ذلك وهذا لحاجتهم الى ذلك فقد يقل الماء في النهر بحيث لا يتمكن كل واحد منهم أن ينتفع بحصته من ذلك الا بالسكر ولكنه إن تمكن من أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لان به ينكسر النهر عادة وفيه اضرار بالشركاء الا أن يظهروا التراضي على ذلك فان اختلفوا لم يكن لاحد منهم أن يسكره على صاحبه وان أراد أحد منهم أن يكترى منه نهرا لم يكن له ذلك الا برضاء من أصحابه لان في كرى النهر كسر ضفة النهر المشترك بقدر فوهة النهر الذي يكريه وفي الملك المشترك ليس لبعض الشركاء أن يفعل ذلك الا برضاء أصحابه كما لو أراد هدم الحائط المشترك أو احداث باب فيه وكذلك ان أراد أن ينصب عليه رحا لم يكن له ذلك الا برضى من أصحابه لان ما ينصب من الرحا انما يضعه في ملك مشترك الا أن تكون رحا لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض خاص له فان كان هكذا فهو جائز يعني اذا لم يكن يغير الماء عن سننه ولا يمنع جريان الماء بسبب الرحا بل يجري كما كان يجري قبل ذلك وانما يضع الرحا في ملك خاص له فاذا كان بهذه الصفة فله أن يفعل ذلك بغير رضا الشركاء لانه انما يحدث ما يحدثه من الابنية في خالص ملكه وبسبب الرحا لا ينتقص الماء بل ينتفع صاحب الرحا بالماء مع بقاء الماء على حاله فمن يمنعه عن ذلك يكون متعنتا قاصدا الى الاضرار به لا دافعا الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته وان أراد أن ينصب عليها دالية أو سانية وكان ذلك لا يضر بالنهر ولا بالشرب وكان بناء ذلك في ملكه خاصة كان له أن يفعل لما بينا انه يتصرف في خالص ملكه ولا يلحق الضرر بغيره وان أراد هؤلاء القوم أن يكروا هذا النهر فان أبا حنيفة رحمه الله قال عليهم مؤنة الكراء من أعلاه فاذا جاوز أرض رجل دفع عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الكراء عليهم جميعا من أوله الى آخره بحصص الشرب والاراضي وبيان ذلك أن الشركاء في النهر اذا كانوا عشرة فمؤنة الكراء من أول النهر على كل واحد منهم عشرة الى أن يجاوز أرض أحدهم فحينئذ تكون مؤنة الكراء على الباقين اتساعا الى أن يجاوز أرضا

أخرى ثم يكون على الباقين أثمانا على هذا التفصيل الى آخر النهر وعندهما المؤنة عليهم اعتبارا من أول النهر الى آخره لان لصاحب الاعلى حقا في أسفل النهر وهو تسييل الفاضل عن حاجته من الماء فيه فاذا سد ذلك فاض الماء على أرضه فأفسد زرعه فبهذا تبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله الى آخر والدليل عليه أنه يستحق الشفعة بمثل هذا النهر وحق أهل الاعلى وأهل الاسفل فى ذلك سواء فاذا استووا فى الغنم يستوون في الغرم أيضا وهو مؤنة الكراء وأبو حنيفة رحمه الله يقول مؤنة الكراء على من ينتفع بالنهر بسقى الارض منه (ألا ترى) أنه ليس على أصحاب الشفة من مؤنة الكراء شيء واذا جاوز الكراء أرض رجل فليس له فى كراء مابقي منفعة سقي الارض فلا يلزمه شي من مؤنة الكراء ثم منفعته فى أسفل النهر من حيث أجراء فضل الماء فيه وصاحب المسيل لا يلزمه شيء من عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه (ألا ترى) أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه شيء من عمارة سطح جاره بهذا الحق ثم هو يتمكن من دفع الضرر عن نفسه بدون كرى أسفل النهر بأن يسد فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عن الماء فعرفنا أن الحاجة المعتبرة فى التزام مؤنة الكراء الحاجة الى سقى الارض فرع بعض مشايخنا رحمهم الله أن الكراء اذا انتهى الى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شيء من المؤنة بعد ذلك والاصح أن عليه مؤنة الكراء الى أن يجاوز حد أرضه كما أشار اليه فى الكتاب لان له رأيا فى اتخاذ فوهة الارض من أعلاها وأسفلها فهو منتفع بالكراء منفعة سقي الارض مالم يجاوز أرضه ويختلفون فيما اذا جاوز الكراء أرض رجل فسقط عنه مؤنة الكراء هل له أن يفتح الماء لسقى أرضه منهم من يقول له ذلك لان الكراء قد انتهى فى حقه حين سقطت مؤنته ومنهم من يقول ليس له ذلك مالم يفرغ شركاؤه من الكرى كما ليس له أن يسكر على شركائه فيختص بالانتفاع بالماء دون شركاؤه ولاجل التحرز عن هذا الخلاف جرى الرسم بأن يوجد فى الكراء من أسفل النهر أو يترك بعض النهر من أعلاه حتى يفرغ من أسفله قال وقال أبو حنيفة رحمه الله فيما أعلم ليس على أهل الشفه من الكراء شيء لانهم لا يحصون فمؤنة الكراء لاتستحق على قوم لا يحصون ولانهم لا يستحقون الشفعة لحق الشفعة ولانهم اتباع والمؤنة على الاصول دون الاتباع (ألا ترى) أن الدية فى القتيل الموجود فى المحلة على عاقلة أصحاب الخطة دون المشترين والسكان قال والمسلمون جميعا شركاء في الفرات وفي كل نهر عظيم أو واد يستقون منه ويسقون منه

الشفه والخف والحافر ليس لاحد أن يمنع أحدا من ذلك لان الانتفاع بمثل هذه الانهار كالانتفاع بالطرق العامة فكما لا يمنع أحد أحدا من التطرق فى الطريق العام فكذلك لا يمنعه من الانتفاع بهذا النهر العظيم وهذا لان الماء فى هذه الانهار على أصل الاباحة ليس لاحد فيه حق على الخصوص فان ذلك الموضع لا يدخل تحت قهر أحد لان قهر الماء يمنع قهر غيره فالانتفاع به كالانتفاع بالشمس ولكل قوم شرب أرضهم ونخلهم وشجرهم لا يحبس عن أحد دون أحد وان أراد رجل ان يكرى منه نهرا فى أرضه فان كان ذلك يضر بالنهر الاعظم لم يكن له ذلك وان كان لا يضر به فله ذلك بمنزلة من أراد الجلوس فى الطريق فان كان لم يضر بالمارة لم يمنع من ذلك وان كان يضر بهم فى المنع من التطرق يمنع من ذلك لكل واحد منه من ذلك الامام وغيره فى ذلك سواء فكذلك فى النهر الاعظم فان كسر ضفة النهر الاعظم ربما يضر بالناس ضررا عاما من حيث أن الماء يفيض عليهم وقال عليه الصلاة والسلام لاضرر ولا ضرار فى الاسلام وعند خوف الضرر يمنع من ذلك لدفع الضرر وعلى السلطان كراء هذا النهر الاعظم ان احتاج الى الكراء لان ذلك من حاجة عامة المسلمين ومال بيت المال معد لذلك فانه مال المسلمين أعد للصرف الى مصالحهم (ألا ترى) أن مال القناطر والجسور والرباطات على الامام من مال بيت المال فكذا كراء هذا النهر الاعظم وكذلك اصلاح مسناته ان خاف منه غرقا فان لم يكن فى بيت المال مال فله أن يجبر المسلمين على ذلك ويخرجهم لان المنفعة فيه للعامة ففى تركه ضرر عام والامام نصب ناظرا فيثبت له ولاية الاجبار فيما كان الضرر فيه عاما لان العامة قل ما يتفقون على ذلك من غير اجبار وفى نظيره قال عمر رضى الله لو تركتم لبعتم أولادكم وليس هذا النهر خاص لقوم ليس لاحد أن يدخل عليهم فيه ولهم أن يمنعوا من أراد أن يسقى من نهرهم أرضه وشجره وزرعه لان ذلك شركة خاصة (ألا ترى) أنهم يستحقون به الشفعة بخلاف الشركة في الوادى والانهار العظام فانه لا تستحق به الشفعة ثم فى الشركة الخاصة التدبير فى الكراء اليهم ومؤنة الكراء عليهم فى مالهم وان طلب بعض الشركاء فللامام أن يجبر الباقين على ذلك لدفع الضرر فأما اذا اتفقوا على ترك الكراء ففى ظاهر الرواية لا يجبرهم الامام على ذلك كما لو امتنعوا من عمارة أراضيهم ودورهم وقال بعض المتأخرين من أصحابنا رحمهم الله يجبرهم على ذلك لحق أصحاب الشفه فى النهر قال أبو يوسف وسألت أبا حنيفة رحمه الله عن الرجل استأجر النهر يصيد فيه السمك أو استأجر جهة يصيد

فيها السمك قال لا يجوز لان المقصود بهذا الاستئجار ماهو عين وهو السمك ولان السمك
فى النهر والاجمة على أصل الاباحة لا اختصاص به لصاحب النهر والاجمة فلا يكون له أن يأخذ
العوض عنهم بطريق الاجارة والبيع ثم استئجار النهر لصيد السمك كاستئجار المقابض
للاصطياد فيها وذلك كله من باب الغرر ولو اشترى عشر نهر أو عشر قناة أو بئر أو عين ماء
بأرضه جاز لان الارض أصلها مملوكة فقد اشترى جزأ مملوكا معلوما من عين مملوكة مقدور
التسليم بخلاف مالو اشترى الشرب بغير أرضه وهو بمنزلة مالو باع عشر الطريق يجوز بخلاف
ما لو باع حق التطرق فيه ولو استأجر حوضا أو بركة أو بئرا يستقى منه الماء كل شهر باجر
مسمى لم يجز لان المقصود الماء وهو عين لا يستحق اتلافه بالاجارة * نهر جار لرجل فى
أرض رجل فادعي كل واحد منهما المساة ولا يعرف فى يد من هى قال أبو حنيفة رحمه الله
هى لرب الارض يغرس فيها مابدا له وليس له أن يهدمها وقال أبو يوسف ومحمد المسناة لصاحب
النهر وأصل المسئلة أن من حفر نهرا باذن الامام فى موضع لاحق لاحد فيه عند أبي حنيفة
لا يستحق له حريما وعندهما يستحق له حريما من الجانبين لملقى طينه والمشي عليه لاجراء الماء
في النهر وحريم النهر عندهما بقدر عرض النهر حتى اذا كان قدر عرض النهر بقدر ثلاثة
أذرع فله من الحريم بقدر ثلاثة أذرع من الجانبين جميعا وفى اختيار الطحاوى رحمه الله من كل
جانب ذراع ونصف وفيما نقل عن الكرخي رحمه الله انه يستحق من كل جانب بقدر
عرض النهر عندهما فاستحقاق الحريم لاجل الحاجة وصاحب النهر محتاج الى ذلك كصاحب
البئر والعين ومتى كان المعنى فى المنصوص عليه معلوما تعدى الحكم بذلك المعنى الي الفرع وحاجة
صاحب النهر الى المشي على حافتي النهر ليجرى الماء فى النهر اذا احتبس بشيء وقع فى النهر فانه
لا يمكنه ان يمشى فى وسط النهر وكذلك يحتاج الى موضع يلقى فيه الطين من الجانبين عند
الكراء لما فى النقل الي أسفله من الحرج مالا يخفى وأبو حنيفة رحمه الله يقول استحقاق الحريم
ثابت بالنص بخلاف القياس فلا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه والنهر ليس فى معنى
البئر والعين لان الحاجة الى الحريم هنالك متحققة فى الحال وهنا الحاجة موهومة باعتبار الكراء
وقد يحتاج الى ذلك وقد لا يحتاج ثم هناك الانتفاع لا يتأتى بالبئر بدون الحريم وهنا يتأتى الا
فى أن يلحقه ذلك بعض الحرج فى نقل الطين أو المشي فى وسط النهر فاذا لم يكن هذا فى معنى
المنصوص يؤخذ فيه بأصل القياس (ألا ترى) ان من بنى قصرا فى مفازة لا يستحق لذلك

حريما وان كان قد يحتاج الي ذلك لالقاء الكناسة فيه وهذا لان استحقاق الحريم لايكون بدون التقدير فيه ونصب المقادير بالرأي لا يكون فاذا ثبت ان من أصلهما ان صاحب النهر يستحق الحريم قلنا عند المنازعة الظاهر شاهد له وعند أبي حنيفة لما كان لا يستحق للنهر حريما فالظاهر شاهد لصاحب الارض وعلى سبيل الابتداء فى هذه المسئلة هما يقولان عند المنازعة القول قول ذي اليد وصاحب النهر مستعمل لحريم النهر لاستمساك الماء فى النهر والقاء الطين عليه والاستعمال يدفعها فباعتبار انه فى يده جعل القول قوله كما لو اختصما فى ثوب وأحدهما لابسه وأبو حنيفة يقول الحريم من جنس الارض صالح لما تصلح له الارض وليس من جنس النهر ومن حيث الانتفاع كما ان صاحب النهر يمسك الماء بالحريم فى نهره فصاحب الارض يدفع الماء بالحريم عن أرضه فقد استويا فى استعمال الحريم ويترجح جانب صاحب الارض من الوجه الذى قررنا فكان الظاهر شاهدا له فله أن يغرس فيه ما بداله من الاشجار ولكن ليس له أن يهدمه لان لصاحب النهر حق استمساك الماء فى نهره فلا يكون لصاحب الارض أن يبطل حقه بهدمه بمنزلة حائط لرجل ولآخر عليه جذوع لا يكون لصاحب الحائط أن يهدم الحائط وان كان مملوكا له لمراعاة حق صاحب الجذوع واذا قال الرجل لرجل اسقني يوما من نهرك على أن أسقيك يوما من نهرى الذى فى مكان كذا لم يجز لان معاوضة الماء بالماء لا تجوز وان كان البدل معلوما لجهالة الشرب ومعنى الغرر فلان لا تجوز معاوضة الشرب بالشرب ومعنى الغرر والجهالة فيه اظهر وأولى وكذا لو قال اسقني يوما تخدمك عبدى هذا شهرا أو برقبته أو بركوب دابتي هذه شهرا أو بركوبها كذا كذا يوما وما أشبه ذلك فهو كله باطل لمعنى الغرر والجهالة وعلى الذى أخذ العبد رده ان كان قائما بعينه وقيمته ان كان مستهلكا وان كان شرط خدمته شهرا وقد استوفاها فعليه أجر المثل لان خدمة العبد ورقبته محل للعقد فاذا استوفاه بحكم عقد فاسد كان عليه عوضه وليس له بما أخذ الآخر من شربه قيمة ولا عوض لان الشرب ليس بمحل للعقد فلا يتناوله العقد فاسدا ولا جائزا وكل عقد لا جواز له بحال فهو كالاذن فكما انه لو سقى أرضه باذنه لم يكن عليه من عوض الماء شيء فكذا بحكم العقد الباطل فيه لا يتقوم فلا يلزمه شيء وسئل أبو يوسف عن نهر مرو وهو نهر عظيم قريب من الفرات اذا دخل مرو كان ماؤه قسمة بين أهله بالحصص لكل قوم كوى معروفة فأخذ رجل أرضا كانت مواتا ولم يكن لها من ذلك

النهر شرب ثم كري لها نهرامن فوق مرو فى موضع لايملكه أحد فساق الماء اليها من ذلك النهر العظيم قال ان كان هذا النهر يضر بأهل مرو ضررا بينا فى مائهم فليس له ذلك ويمنعه السلطان منه وان كان لا يضرهم فله ذلك ولم يكن لهم ان يمنعوه لان الماء فى هذا الوادى على أصل الاباحة ولكل واحد من المسلمين حق الانتفاع به اذا كان لا يضر بغيره وهذا لانه مالم يدخل فى المقاسم لايصير الحق فيه خالصا للشركاء ولهذا وضع المسألة فيما اذا كرى نهرا من فوق مرو فاذا كان لا يضرهم فبصرفه لا يمس حقوقهم ولا يلحق الضرر بهم فلا يمنعوه من ذلك واذا كان يضرهم فكل أحد ممنوع من أن يلحق الضرر بغيره فكيف لا يمنع من الحاق الضرر بالعامة والسلطان نائب عنهم فى النظر لهم فيمنعه من ذلك لابطريق انه يختص به بل لانه الى تسكين الفتنة أقرب فاما لكل أحد أن يمنعه من ذلك والضرر يتوهم من وجهين أحدهما من حيث كسر ضفة الوادى والثانى انه يكثر دخول الماء فى هذا النهر وربما يتحول أكثر الماء الى هذا الماء ليضر باهل مرو وقيل له فان كان رجل له كوي معروفة أله أن يزيد فيها قال ان كانت الكوى فى النهر الاعظم فزاد فى ملكه كوة أو كوتين ولا يضر ذلك باهل النهر فله ذلك لان الماء فى النهر الاعظم لم يقع فى المقاسم بعد فهو على أصل الاباحة كما كان قبل أن يدخل مرو فزيادة كوة أو كوتين فى خالص ملكه لايكون أقوى من سبق نهر ابتداء من هذا النهر الاعظم وهو غير ممنوع من ذلك كما بينا فهذا مثله فان كان نهر خاص لقوم فأخذ من هذا النهر الاعظم لكل رجل منهم فى هذا النهر كوى مسماة لشربه لم يكن لاحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر باهل النهر الخاص لان الماء فى هذا النهر الخاص قد وقع فى المقاسمة والشركة في هـذا النهر شركة خاصة حتى يستحق فيها الشفعة وليس لبعض الشركاء أن يزيد فيما يستوفى على مقـدار حقه سواء أضر ذلك بالشركاء أو لم يضر فزيادة كوة فى فوهة أرضه يكون ليزداد فيه دخول الماء علي مقدار حقه وهو كالشركاء فى الطريق ليس لاحدهم أن يحدث فيه طريقا لدار لم يكن لها طريقا فى هذه السكة الخاصة بفتح باب حادث فان قيل كيف يمنع من احداث الكوة فى لوح هو خالص ملكه قلنا لان الكوى منهم سبب لبيان مقدار كل واحـد منهم فلولم يمنع من ذلك لكان اذا تقادم العهـد ادعى لنفسه زيادة حق واستدل بالكوى ان كان الماء يدخل فى هـذه الكوى فى الحال فسبب المنع ظاهر فان مايدخل فى هذه الكوى زيادة على حقه فى النهر وكان هذه المسائل

سأل عنها ابراهيم بن رستم وأبو عصمة سعد بن معاذ المروزيان أبا يوسف أو ابن المبارك رضي الله عنهم ثم فرع محمد رحمه الله على ذلك فقال فسألته هل لأحد من أهل هذا النهر الخاص أن يتخذ عليه رحاماء يكرى لها نهرا منه فى أرضه يسيل فيه ماء النهر ثم يعيده اليه وذلك لا يضر بأهل الشرب قال ليس له ذلك لانه من أعلاه الى أسفله مشترك بينهم فليس لاحد منهم أن يحدث فيه حدثا ولا يتخذ عليه جسرا ولا قنطرة الا برضاهم بمنزلة طريق خاص بين قوم والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يتخذ من الخشب والالواح والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر ويكون موضوعا ولا يرفع وكل ذلك يحدثه من يتخذه فى ملك مشترك فلا يملكه الا برضاهم سواء كان منهم أو من غيرهم ثم من يتخذه اذا كرى له نهرا منه ففيه كسر صفة النهر وتغيير الماء عن سننه فلا بد أن ينتقص الماء منه فانه اذا كان يجرى على سننه لا يتبين فيه نقصان واذا انفرج يتبين فيه النقصان وان عاد الى النهر وكذلك العين أو البركة يكون بين قوم فالشركة فيهما خاصة كما بينا وسألته عن نهر بين رجلين له خمس كوى من هذا النهر الاعظم وأحد الرجلين أرضه فى أعلى هذا النهر والآخر أرضه فى أسفل هذا النهر فقال صاحب الاعلى أنى أريد أن أسد بعض هذه الكوى لان ماء النهر يكثر فيفيض فى أرضى واتأذى منه ولا يبلغك حتى يقل فيأتيك منه ماينفعه قال ليس له ذلك لانه يقصد الاضرار بشريكه ثم ضرر النزلاء يلحق صاحب الاعلى بفعل صاحب الاسفل بل تكون أرضه فى أعلى النهر وبمقابلة هذا الضرر منفعة اذا قل الماء ولو سد بعض الكوى يلحق صاحب الاسفل ضرر لنقصان صاحب الاعلى وهو ممنوع من ذلك كما لو أراد أن يسكر النهر وكذلك لو قال اجعل لي نصف هذا النهر ولك نصفه فاذا كان فى حصة سددت منها ما بدا لي وأنت فى حصتك تفتحها كلها فليس له ذلك لان القسمة قد تمت بينهما مرة بالكوى فلا يكون لاحد أن يطالب بقسمة أخرى وفى القسمة الاولى الانتفاع بالماء لكل واحد منهما مستدام وفيما يطالب هذا به يكون انتفاع كل واحد منهما بالماء فى بعض المدة وربما يضر ذلك بصاحب الاسفل فان تراضيا على ذلك فلهما ما تراضيا عليه فان أقاما على هذا التراضى زمانا ثم بدا لصاحب الاسفل أن ينقض فله ذلك لان كل واحد منهما معير لصاحبه نصيبه من الشرب فى نوبته من الشهر وللمعير أن يرجع متى شاء وكذلك لورثته بعد موته لانهم خلفاؤه فى ذلك وهذا لانه لا يمكن أن يجعل ما تراضيا عليه مبادلة فان بيع الشرب بالشرب واجارة الشرب

بالشرب باطل وسألته عن نهر بين رجلين لهما أربع كوى فاضاف اليها رجل أجنبي كوتين في نهرهما برضاهما حتى اذا انتهى الى أسفل النهر كرى منه نهرا الى أرضه ثم بدا لاحدهما أن ينقضه بعد زمان أو بدا لورثته أو لبعضهم بعد مونة نقضه فله ذلك لانهم أعاروا الاجنبي النهر ليجرى ماءه فيه الى نهره خاصة فلهم أن يستردوا العارية متى شاؤا لكل واحد منهم ذلك في نصيبه (ألا ترى) أن لاحدهم أن يأبى ذلك في الابتداء فله أن ينقضه أيضا في الانتهاء وهذا لان رضا بعض الشركاء معتبر في حقه لا في حق بقية الشركاء (ألا ترى) أن من أراد أن يتطرق في طريق مشترك شركة خاصة فيرضى به بعض الشركاء دون البعض لم يكن له أن يتطرق فيه وهذا لانه لا يتصور انتفاعه بنصيب التراضي على الخصوص بل يكون انتفاعه بنصيب جميع الشركاء فليس له أن ينتفع بنصيب المانع الا برضاه وسألته عن نهر خاص من النهر الاعظم بين قوم لكل واحد منهم نهر منه فمنهم من يكون له كوتان ومنهم من يكون له ثلاث فقال صاحب الاسفل لصاحب الاعلى انكم تأخذون أكثر من نصيبكم لان دفقة الماء وكثرته وفي رواية لان دفعة الماء وكثرته من أعلى النهر فدخل في كواكم شيء كثير ولا ماء هنا الا وهو قليل غائر فنحن نريد أن ننقصكم بقدر ذلك ونجعل لكم أياما معلومة وتسد فيها كوانا ولنا أياما معلومة تسدون فيها كواكم قال ليس لهم ذلك ويترك على حاله كما كان قبل اليوم لانها قسمت مرة فلا يكون لبعضهم أن يطالب بقسمة أخرى ثم الاصل انما وجد قديما فانه يترك على حاله ولا يغير الا بحجة وقد ذكرنا هذا في أول الوكالة في حديث عثمان رضي الله عنه حيث قال أرأيت هذا الضفير أكان على عهد عمر رضي الله عنه ولو كان جور الماء تركه عمر رضي الله عنه وكذلك ان قال أهل الاسفل نحن نريد أن نوسع رأس النهر ونزيد في كواه وقال أهل الاعلى ان فعلتم ذلك كثر الماء حتى يفيض في أرضنا وينز لم يكن لاهل الاسفل أن يحدثوا فيه شيأ لم يكن لانهم يتصرفون فيما هو مشترك على وجه يضر ببعض الشركاء فيمنعون من ذلك وان باع رجل منهم كوة له فيه كل يوم بشيء معلوم أو أجرة لم يجز لانه غرر لا يعرف وهو ليس بملك وبيع مجرد الحق باطل وسألته عن هذا النهر اذا خافوا أن ينبثق وأرادوا أن يحصنوه فامتنع بعضهم من الدخول معهم قال ان كان فيه ضرر عام أجبرتهم جميعا على تحصينه بالحصص لان في ترك الاجبار هنا تهييج الفتنة وتسكين الفتنة لازم شرعا فلاجل التسكين يجبرهم الامام على تحصينه بالحصص فان لم يكن

فيه ضرر عام لم أجبرهم عليه وأمرت كل انسان أن يحصن نصيب نفسه يعني بطريق الفتوى
لان التدبير فى الملك يكون الى المالك فاذا لم يكن فيه ضرر عام كان له رأي في ذلك من التعجيل
والتأجيل وربما لا يتمكن منه فى كل وقت ولا يتفرغ لذلك بخلاف الكرى فان بعض الشركاء
فى هذا النهر الخاص اذا امتنع من الكرى أجبر عليه اذا طلبه بعض الشركاء لان ذلك شيء
قد التزموه عادة لحاجة النهر الى الكرى فى كل وقت معلوم بطريق العادة فالذى يأبى الكرى
يريد قطع منفعة الماء عن نفسه وشركائه وليس له ذلك فلهذا أجبر عليه فأما البثق فهو موهوم غير
معلوم الوقوع عادة فاذا لم يكن فيه ضرر عام لا يجبر الممتنع من ذلك لحق وهو موهوم لشريكه
وسألته عن رجل اتخذ فى أرض له رحا ماء على هذا النهر الاعظم الذى للعامة مفتحة فى أرضه
ومصبه فى أرضه لا يضر بأحد فأراد بعض جيرانه أن يمنعوه من ذلك قال ليس له أن يمنعه
لان تصرفه فى خالص ملكه وشق نهر من هذا النهر الاعظم لمنفعة الرحا كشق نهر من
هذا النهر الاعظم ليسقي به أرضا أحياها وقد بينا انه لا يمنع من ذلك لانه لم يدخل الماء فى
المقاسم بعد فهذا مثله قال وسألته عن هذا النهر الاعظم اذا كانت عليه أرض لرجل خدها الماء
فنقص الماء وجزر عن أرض فاتخذها هذا الرجل وجرها الى أرضه قال ليس له ذلك لان
الارض جزر عنها الماء من النهر الاعظم وهو حق العامة قد يحتاجون اليه اذا كثر الماء فى
النهر الاعظم أو تحول الى هذا الجانب فليس له أن يجعلها لنفسه بأن يضمها الى أرضه اذا كان
ذلك يضر بالنهر ومنهم من يروى جرز وهو صحيح قال الله تعالى أو لم يروا انا نسوق الماء الى
الارض الجرز وسألته فقلت بلغنى أن الفرات بأرض الجزيرة يجزر عن أرض عظيمة فيتخذها
الرجل مزرعة وهى فى حد أرضه قال ليس له ذلك اذا كان يضر بالفرات لان هذا حق
عامة المسلمين وان كان لا يضر بالفرات فله ذلك عندهما بغير اذن الامام وعند أبى حنيفة
رحمه الله اذن الامام بمنزلة إحياء الموات قال واذا حصنها من الماء فقد أحياها لان هذه
الارض صالحة للزراعة وان كان لا يتمكن من زراعتها لاجل الماء فاذا حصنها منه فقد أحياها
فأما سائر الاراضى فبمجرد التحصين لا يتم الاحياء بل ذلك تحجير فانها انما تصير صالحة
للزراعة اذا أحرق الحصائد فيها وبقى الحشيش منها وكربها فبذلك يتم احياؤها وسألته عن
نهر بين قوم يأخذ من هذا النهر الاعظم له فيه كوى مسماة ولكل رجل منهم نهر من
هذا النهر الخاص فأراد رجل أن يسد كوة له ويفتح كوة أعلى من تلك فى ذلك النهر قال

ليس له ذلك لانه يكسر ضفة النهر المشترك ويريد أن يزيد فى حقه لان دخول الماء فى أعلى النهر من كوة يكون أكثر من دخوله فى أسفل النهر فى مثل تلك الكوة وهذا بخلاف الطريق فمن يكون طريقه فى أعلى السكة الخاصة اذا أراد أن يجعله فى أسفل السكة لا يمنع منه لان هناك هو بتصرفه لا يزيد فى حقه فهو الذى يتطرق فى ذلك الطريق سواء كان باب داره فى أعلى السكة أو فى أسفلها ثم هناك انما يتصرف فى حائط هو ملكه بفتح باب فى أسفله (ألا ترى) انه لو أراد أن يفتح بابين أو ثلاثة أو يرفع جميع الحائط لم يمنعه أحد من ذلك بخلاف الكوى فانه ان أراد أن يزيد كوة أخرى منع من ذلك فكذلك اذا أراد أن يحولها من جانب الى جانب وسألته عن هذه الكوى لو أراد صاحبها أن يكريها فيسفلها عن موضعها ليكون أكثر لاخذها من الماء قال له ذلك لانه بالكرى يتصرف فى خالص ملكه (ألا ترى) ان له أن يكرى جميع النهر فكذلك له أن يكري هذا الموضع قال رضى الله عنه وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول هذا اذا علم انها فى الاصل كانت مسفلة فارتفعت بانكباس ذلك الموضع من الماء فانه بالكري يعيدها الى الحالة الاولي وذلك حقه فاما اذا علم انها كانت بهذه الصفة فاراد أن يسفلها منع من ذلك لانه يريد أن يزيد على مقدار حقه من الماء وكذلك ان أراد أن يرفع الكوى وكانت متسفلة ليكون أقل للماء فى أرضه فله ذلك وعلى ما قال شيخنا الامام رحمه الله هذا اذا كان هو بالرفع يعيدها الى ما كانت عليه فى الاصل فأما اذا أراد أن يغيرها عما كانت عليه فى الاصل فيمنع عنه (قال الشيخ الامام رحمه الله) والاصح عندى انه لا يمنع على كل حال لان القسمة في الاصل باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار السفل والترفع هو العادة بين أهل مرو فانما يمنع من يوسع الكوة ويضيقها ولا يمنع من أن يسفلها أو يرفعها لانه ليس فيه تغيير ما وقعت القسمة عليه وسألته عن نهر خاص لرجل من هذا النهر الخاص أراد أن يقنطر فيه ويستوثق منه قال له ذلك لانه يتصرف فى خالص ملكه وان كان مقنطرا أو مستوثقا منه فأراد أن ينقض ذلك لعلة أو غير علة فان كان ذلك لا يزيد فى أخذ الماء فله ذلك لانه يرفع بناء هو خالص ملكه وان كان يزيد فى أخذه الماء منع منه لحق الشركاء فان أراد أن يوسع فم النهر منع من ذلك لانه بهذا التوسع يرفع ضفة النهر المشترك من الجانبين وهو ممنوع من ذلك ثم يزيد على هذا مقدار حصة فى أصل الماء أما فى الموضع الذي لا تكون القسمة بالكوى فغير مشكل أو فى الموضع الذى تكون القسمة بالكوى اذا وسع

فم النهر احتبس الماء فى ذلك الموضع فيدخل فى كواه أكثر مما يدخل اذا لم يوسع فم النهر وكذلك اذا أراد أن يؤخر الكوى عن فم النهر فجعلها فى أربعة أذرع من فم النهر الى أسفله فليس له ذلك لان الماء يحتبس فى ذلك الموضع فيدخل فى كواه أكثر مما يدخل اذا كانت الكوى فى فم النهر وسألته عن رجل مات ممن له هذا الشرب قال الشرب ميراث بين ورثته لانهم خلفاؤه يقومون مقامه فى املاكه وحقوقه وقد تملك بالميراث مالا يملك بسائر أسباب الملك كالقصاص والدين والخمر يملك بالارث فكذلك الشرب وان أوصى فيه بوصية جاز لان الوصية أخت الميراث ثم ماالمتنع البيع والهبة والصدقة فى الشرب للغرور والجهالة أو لعدم الملك فيه فى الحال والوصية بهذه الاسباب لاتبطل (ألا ترى) أن الوصية بما يثمر نخيله العام يصح فكذلك الوصية بالشرب وسألته عن أمير خراسان اذا جعل لرجل شربا فى هذا النهر الاعظم وذلك الشرب لم يكن فيما مضى أو كان له شرب كوتين فزادمثل ذلك وأقطعه اياه وجعل مفتحه فى أرض يملكها الرجل أو فى أرض لايملكها قال ان كان ذلك يضر بالعامة لم يجز فان كان لايضر بهم فهو جائز اذا كان ذلك فى غير ملك أحد لان للسلطان ولاية النظر دون الاضرار بالعامة ففيما لا يضر بالعامة يكون هذا الاقطاع منه نظرا لمن أقطعه اياه وفيما يضر بهم يكون هذا الاقطاع اضرارا بالعامة وليس له ذلك يوضحه ان فيما يضر بهم لكل واحد منهم أن يمنع من ذلك فالامام فى الاقطاع يكون مبطلا حقه وله ولاية استيفاء حق العامة لا ولاية الابطال وفيما لا يضر بهم قد كان له أن يحدث ذلك بغير اقطاع من الامام فبعد الاقطاع أولى واذا أصفى أمير خراسان شرب رجل وأرضه وأقطعها لرجل آخر لم يجز ويرد الى صاحبها الاول والى ورثته والمراد بالاصفاء الغصب ولكن حفظ لسانه ولم يذكر لفظ الغصب فى افعال السلاطين لما فيه من بعض الوحشة واختار لفظ الاصفاء ليكون أقرب الى توقير السلطان وكان أبو حنيفة رحمه الله يوصى أصحابه بذلك فينبغى للمرء أن يكون مقبلا على شأنه حافظا للسانه موقرا لسلطانه ثم فى هذا الفعل السلطان كغيره شرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم على اليد ماأخذت حتى ترد وتمليك ملك غيره من غير المالك يكون لغوا فيجب رد ذلك على صاحبه ان كان حيا وعلى ورثته بعد موته وهكذا فيما حازه لنفسه من أملاك الناس (ألا ترى) ان عمر بن عبد العزيز رحمه الله لما استخلف أمر برد أموال بيت المال على أربابها لان من كان قبله من بنى أمية كانوا أخذوها ظلما واذا تزوج الرجل المرأة على شرب بغير

أرض فالنكاح جائز وليس لها من الشرب شيء لان الشرب بدون الارض لا يحتمل التمليك بعقد المعاوضة ولانه ليس بمال متقوم ولهذا لا يضمن بالاتلاف بعقد ولا بغيره ثم هو مجهول جهالة متفاحشة فلا يصح تسميته ولكن بطلان التسمية لا يمنع جواز النكاح بمنزلة ترك التسمية فيكون لها مهر مثلها ان دخل بها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها ولو ان امرأة اختلعت من زوجها على شرب بغير أرض كان باطلا ولا يكون له من الشرب شيء ولكن الخلع صحيح وعليها أن ترد المهر الذى أخذت لانها أطمعت الزوج بهذه التسمية فيما هو مرغوب فيه فتكون غارة له بهذه التسمية والغرور فى الخلع يلزمها رد ما قبضت كما لو اختلعت بما فى بيتها من المتاع فاذا ليس فى بيتها شيء والصلح في الدعوى على الشرب باطل لان المصالح عليه مما لا يملك بشيء من العقود وقد بينا أن ما لا يستحق بشيء من العقود فالصلح عليه باطل وصاحب الدعوى على دعواه وحقه فان كان قد شرب من ذلك الشرب مدة طويلة فلا ضمان عليه فيه لان الشرب ليس بمحل للعقد أصلا فكان العقد فيه كالاذن المطلق فان كان الصلح عليه من قصاص فى نفس أو فيما دونه فالصلح باطل وجاز العفو وعلى القاطع الدية وأرش الجراحة لان الصلح من القود على شرب نظير الخلع على معنى ان جهالة البدل وان تفاحشت فى كل واحد منهما فالخلع والصلح صحيح باعتبار انه اسقاط ليس فيه تمليك الا ان فى الصلح عن القود اذا لم يثبت المسمى وتمكن فى التسمية معني الغرور يجب رد الدية وفى الخلع يجب رد المقبوض لان النفس تتقوم بالدية والبضع عند خروجه من ملك الزوج لا يتقوم فيجب رد المقبوض لدفع الضرر والغرور ولو مات صاحب الشرب وعليه ديون لم يبع فى دينه الا أن يكون معه أرض فيباع مع أرضه لان فى حال حياته كان لا يجوز منه بيع الشرب بدون الارض فكذا بعد موته وقد تكلم مشايخنا رحمهم الله فى أن الامام ماذا يصنع بهذا الشرب فنهم من يقول يتخذ حوضا ويجمع فيه ذلك الماء فى كل يومه ثم يبيع الماء الذى جمعه فى الحوض بثمن معلوم فيقضي به الدين (قال الشيخ الامام الاجل) رحمه الله والاصح عندى انه ينظر صاحب أرض ليس له شرب فيضم ذلك الشرب الى أرضه ويبيعهما برضاه ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب ومع الشرب فيجعل تفاوت ما بينهما من الثمن مصروفا الى قضاء دين الميت وما وراء ذلك لصاحب الارض وان لم يجد ذلك اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعها فيصرف الثمن الى قضاء ثمن الارض المشتراة وما يفضل

من ذلك للغرماء وكذلك لو أوصي أن يباع من هذا الرجل أو يوهب له أو يتصدق عليه كان ذلك باطلا لانه لو باعه بنفسه فى حياته لم يجز فكذلك اذا أوصى أن يباع منه بعد موته قال الا أن يكون معه أرض فيجوز من ثلثه يريد الهبة أو الصدقة أو المحاباة فى البيع فان ذلك يجوز من ثلثه قال وان أوصى أن يسقي أرض فلان يوما أو شهرا أو سنة من شربه أجزت ذلك من ثلثه لما بينا أن الوصية بالشرب كالوصية بالغلة المجهولة وذلك ينفذ من ثلثه وان مات الذى له الوصية بطلت وصيته فى الشرب قال وهى بمنزلة الخدمة يعنى اذا أوصي بخدمة عبده لانسان فمات الموصى له بطلت الوصية وهذا لان الشرب كالمنفعة الا أنها مجهولة جهالة لا تقبل الاعلام والخدمة تقبل الاعلام ببيان المدة فيجوز استحقاقها بالاجارة اذا كانت معلومة فيجوز استحقاقها بالوصية من الثلث وان لم يكن معلوما ببيان المدة فكذلك استحقاق الشرب بالوصية يجوز وان كانت مجهولة ولكن الاستحقاق للموصى له باعتبار حاجته فيبطل بموته لان الورثة يخلفونه فيما كان ملكا أو حقا متأكدا له وذلك غير موجود فى الشرب كما فى الخدمة فان أوصى أن يتصدق بشربه على المساكين فهذا باطل لان حاجة المساكين الى الطعام دون الماء وانما يحتاج الى الشرب من له أرض وليس للمساكين ذلك ولا بدل للشرب حتى يصرف بدله الى المساكين فانه لايحتمل البيع والاجارة فكان باطلا وكذلك لو قال فى حياته هو صدقة فى المساكين ان فعلت كذا ففعله لم يلزمه شئ لانه لاطريق لتنفيذ هذه الوصية فى عين الشرب ولا في بدله الا أن يكون معه أرض فحينئذ تصح وصيته ونذره فتنعقد يمينه فاذا حنث يجب تنفيذه فى التصدق بعينه أو بقيمته بعد البيع ولو أوصى بان يسق مسكينا بعينه فى حياته فذلك جائز فيه باعتبار عينه كما لو أوصى له بعين بخلاف ماأوصي به فى المساكين فتصحيح تلك الوصية باعتبار التقرب الى الله تعالى بجعل شئ من ماله خالصا لله تعالى ليكون مصروفا الى سدخلة المحتاجين وذلك لايتأتى فى الشرب بدون الارض ولو باع الشرب بعبد وقبض العبد وأعتقه جاز عتقه ويضمن قيمته لان العقد فى العبد فاسد فان شراء العبد من غير تسمية الثمن يكون فاسدا فكذلك عند تسمية الشرب والمشترى شراء فاسدا يملك بالقبض فينفذ العتق فيه وعلى المشتري ضمان القيمة وكذلك لو كانت أمة فوطئها فولدت منه كانت أم ولد وعليه قيمتها وعقرها وذكر هذه المسئلة فى موضع آخر من هذا الكتاب ولم يذكر العقد وهو الاصح وقد قال فى البيوع في المشتراة

شراء فاسدا وليس عليه عقر فى وطئها وقد بينا فى البيوع وجه الروايتين والتوفيق بينهما وكذلك لو أجره بعبد فاعتقه لان البدل فى الاجارة اذا كان عينا فهو كالمبيع فيصير مملوكا بالقبض وينفذ العتق فيه ويجب رد قيمته ولو ادعى شربا فى يدى رجل انه بغير أرض فانه ينبغى فى القياس أن لا يقبل منه ذلك لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي أن يقضى له بالملك فى المدعى اذا أثبت دعواه بالبينة والشرب لايحتمل التمليك بغير أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر فى حق المسلمين ولكن فى الاستحسان يقبل بينة ويقضي له به لان الشرب مرغوب فيه ومنتفع به وقد يكون الاستحقاق فيه للانسان منفردا عن الارض بالميراث والوصية وقد يبيع الارض بدون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة ثم القاضى لا يملكه بالقضاء شيأ ابتداء ولهذا لا ينفذ قضاؤه باطنا فى الاملاك المرسلة وانما يظهر بقضاء حقه أو ملكه والشرب يحتمل ذلك (ألا ترى) انه يقضى له بالدين بالحجة والدين في ذمة الغير لا يحتمل التمليك ابتداء واذا كانت لرجل أرض ولرجل فيها نهر يجرى فاراد رب الارض أن لا يجرى النهر فى أرضه لم يكن له ذلك بل يترك على حاله لانه وجد كذلك لان موضع النهر فى يد صاحب النهر لانه مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله فى انه ملكه فان لم يكن فى يده ولم يكن جاريا سألته البينة على أن هذا النهر له فان جاء ببينة قضيت به له لاثباته حق نفسه بالحجة وان لم يكن له بينة على أصل النهر وجاء ببينة انه كان مجراه فى هذا النهر يسوقه الى أرضه حتى يسقيها منه أجزت ذلك لانهم شهدوا له بحق مستحق فى النهر وهو المجرى وقد بينا نظائر هذا فى الطريق والمسيل وبينا أن الجهالة هناك لا تمنع قبول الشهادة فكذا المجرى هنا وكذلك المصب اذا كان نهره ذلك يصب فى أرض أخرى فمنعه صاحب الارض السفلى المجرى وأقام بينة على أصل النهر أنه له وأقام البينة على أن له فيه مصبا أجزت ذلك لان المصب كالمسيل ولو أقام البينة ان له مسيل ماء على سطح جاره كانت البينة مقبولة فهذا مثله ولو سقي الرجل أرضه أو شجرها أو ملأها ماء فسال من مائها فى أرض رجل فغرقها لم يكن عليه ضمانها لانه فى هذا التسبيب غير متعد بل هو متصرف فى ملك نفسه وللانسان أن يتصرف فى ملك نفسه مطلقا والمتسبب اذا لم يكن متعديا فى تسببه لا يكون ضامنا كحافر البئر وواضع الحجر فى

ملكه وهو نظير ما لو أوقد النار في أرضه فوقع الحريق بسبب ذلك فانه لا يكون ضامنا لكونه متصرفا فى خالص ملكه وكذلك لو نزت أرض جاره من هذا الماء ولو اجتمع فى هذا الماء سمك فصاده رجل كان للصياد لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وهو نظير ما لو اصطاد من أرض رجل ظبيا فانه يكون له دون صاحب الارض وان كان لصاحب الارض أن يمنعه من الدخول فى أرضه واذا كانت لرجل أرض فيها مراعى فاجر مراعيها أو باعها كل سنة بشئ مسمى ترعي فيها غنم مسماة فان ذلك لا يجوز لان المقصود هو الكلا وهو علي أصل شركة الاباحة لااختصاص لصاحب المرعى به ثم هذا استئجار المقصود به استهلاك العين وشراء ما هو مجهول لا يعرف فيكون باطلا كبيع الشرب واجارته ولو أخذ صاحب الارض شيأ من هذا فاحرزه ثم باعه كان جائزا بمنزلة الماء الذى أحرزه فى الاوانى وهذا لان ملكه بالاحراز فيه تد تم وهو متقوم لكونه منتفعا به ولو كان زرع رجل قصيلا فى أرضه ثم أجره من رجل يرعي فيه غنمه كان باطلا لان المقصود بهذا الاستئجار استهلاك العين ولانه انما يستحق بالاجارة مالا يجوز بيعه والقصيل عين يجوز بيعه فلا يستحق بالاجارة على المستأجر قيمة مارعت غنمه من ذلك لانه صار مستوفيا مستهلكا له بحكم عقد فاسد وهذا بخلاف الكلا فى المرعى فقد نبت ذلك من غير انبات أحد فكان على أصل الاباحة المشترى والبائع فى الانتفاع به سواء وهذا مما استنبته صاحب الارض فيكون مملوكا له حتى لو باعه جاز بيعه وانما لم تجز اجارته لما قلنا ولمعنى الغرر فيه فاذا أتلف ملكا متقوما لغيره بسبب عقد فاسد كان مضمونا عليه بقيمته ولو استأجر مرعى لعبد بعينه فرعاه فى تلك السنة لم يضمن ما رعي ويأخذ عبده لان العقد كان فاسدا فيسترد عبده بحكم العقد الفاسد فان كان المؤاجر قد أعتقه أو باعه جاز ذلك ويضمن قيمته لانه ملكه بالقبض بحكم عقد فاسد فينفذ عتقه فيه وهذا لان البيع محل للملك فينفذ العقد مقيدا بحكمه وهو نظير مااذا اشترى عبدا بشرب بخلاف العبد بالريح فهناك وان قبض المشترى لا يملكه ولا ينفذ عتقه فيه بمنزلة البيع بالميتة والدم لان الريح لا يتقوم بالعبد بحال ولا يدخل فى العقد أصلا فبتسميته يخرج السبب من أن يكون تمليك مال بمال فاما الشرب والكلا فما يجوز أن يستحق بالعقد تبعا للارض وهو منتفع به شرعا (ألا ترى) انه يتصور فيه الاحراز الموجب للملك وبعد الاحراز يكون مالا متقوما فقبل الاحراز ينعقد العقد بتسميته على

ما هو محل للتمليك بالعقد فينفذ عتقه فيه بعد القبض ولو تزوج امرأة على أن يرعي غنمها
فى أرضه سنة كان لها مهر مثلها لان شرط صحة التسمية أن يكون المسمى مالا متقوما فى
نفسه أو يستحق بذكره تسليم مال والكلاء والشرب قبل الاحراز ليس بمال فلا تصح
تسميته فى النكاح ولو أوصي بكلا فى أرضه سنين أو وهبه أو صالح عليه من قصاص أو مال
كان القول فيه كالقول فى الشرب لاستوائهما فى المعنى فكل واحد منهما مبقى على شركة
الاباحة قبل الاحراز ولو أحرق كلاء أو حصائد فى أرضه فذهبت النار يمينا وشمالا وأحرقت
شيأ لغيره لم يضمنه لانه غير متعد فى هذا التسبب فان له أن يوقد النار فى ملك نفسه مطلقا
وتصرف المالك فى ملكه لا يتقيد بشرط السلامة قال بعض مشايخنا رحمهم الله وهذا اذا
كانت الرياح هادئة حين أوقد النار فاما اذا أوقد النار فى يوم ريح على وجه يعلم أن الريح
يذهب بالنار الى ملك غيره فانه يكون ضامنا بمنزلة مالو أوقد النار فى ملك غيره (ألا ترى)
أن من صب فى ميزاب مائعا وهو يعلم أن ماتحت الميزاب انسان جالس فافسد ذلك المائع
ثيابه كان الذى صبه ضامنا وان كان صبه فى ملك نفسه ولو أن رجلا أتى طائفة من
البطيحة مما ليس لاحد فيه ملك مما قد غلب عليه الماء فضرب عليه المسناة واستخرجه
وأحياه وقطع مافيه من القصب رأيتها له بمنزلة أرض الميتة وكذلك ماعالج من أجمة أو جزيرة
فى بحر بعد أن لا يكون لاحد فيه ملك لان هذا كله من جملة الموات وقد بينا حد الموات
واعاد ذلك هنا وذكر أن كل أرض من السواد والجبال التى لا يبلغها الماء من أرض العرب
مما لم يكن لاحد فيها ملك فهو كله من الموات ومراده ما كان من فناء العمران وقد بينا
أن ذلك من حق السكان فى العمران ولو أحياه وكان له مالك قبل ذلك رددته الى مالكه
الاول ولم أجعل للثانى فيه حقا ولكنه ضامن لما قطع من قضبها لان ملك الغير محترم لحرمة
المالك فلا يكون له أن يتملك عليه بالاحياء بغير رضاه ولكنه أتلف ماقطع من قضبها وكانت
مملوكة لصاحبها فعليه ضمانها وان كان الثانى قد زرعها فالزرع له وهو ضامن لما نقص من
الارض بمنزلة من غصب أرضا فزرعها وان احتفر الرجل بئرا فى مفازة باذن الامام فجاء
رجل آخر واحتفر فى حريمها المذكورة بئرا كان للاول أن يسد ما احتفره الثانى لان حريم
البئر صار مملوكا لصاحب البئر اذا حفره باذن الامام والثانى متعد فى تصرفه فى ملكه فلا يستحق
بهذا التصرف شيأ ولانه ضامن للنقصان وللاول أن يأخذه بسد ما احتفر وهو عرق ظالم

ولا حق له بظاهر الحديث وكذلك لو بني أو زرع أو أحدث فيه شيأ للاول أن يمنعه من ذلك لملكه ذلك الموضع وما عطب فى بئر الاول فلا ضمان عليه فيه لانه غير متعد فى حفره وماعطب فى بئر الثانى فهو مضمون على الثانى لانه متعد فى تسببه ولو ان الثانى حفر بئرا بامر الامام فى غير حريم الاول وهى قريبة منه فذهب ماء البئر الاول وعرف ان ذهاب ذلك من حفر الثانى فلا شئ له عليه لانه غير متعد فيما صنع بل هو محق فى الحفر في غير حريم الاول والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فليس له أن يخاصمه فى تحويل ماء بئره الى بئر الثانى كالتاجر اذا كان له حانوت فاتخذ آخر بجنبه حانوتا لمثل تلك التجارة فكسدت تجارة الاول بذلك لم يكن له أن يخاصم الثانى ولو احتفر قناة بغير اذن الامام فى مفازة ثم ساق الماء حتى أتى به أرضا فاحياها فانه يجعل لقناته ومخرج مائه حريما على قدر ما يصلحه وهذا بناء على قولهما فاما عند أبى حنيفة رحمه الله اذا عمل ذلك باذن الامام يستحق الحريم للموضع الذى يقع الماء فيه على وجه الارض فأما اذا كان بغير اذن الامام فلا وهذا بمنزلة مالو أخرج عينا الا انه تحرز عن بيان المقدار فيه بالرأى ولم يجد فى القناة نصا بعينه فقال حريمه بقدر ما يصلحه فاما فى الموضع الذى لا يقع ماؤه على الارض من القناة فبمنزلة النهر الا أنه يجرى تحت الارض وقد بينا الكلام فى الحريم للنهر فكذلك القناة واذا كانت القناة على هذا الوجه بين رجلين والارض بينهما ثم استحيا أحدهما أرضا أخرى وأراد أن يسقيها لم يكن له ذلك بمنزلة نهر مشترك بين رجلين وهذا لانه يريد أن يستوفى أكثر من حقه ويثبت لهذه الارض الاخرى شربا من هذه القناة ولا يملك ذلك الا برضا شريكه ولو كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون لكل رجل منهم أرض معلومة فأراد بعضهم أن يسوق شربه الى أرض أخرى لم يكن لها فى ذلك النهر شرب فيما مضي فليس له ذلك لانه يستوجب بذلك فى النهر غير ما لم يكن له قبل ذلك أما اذا كان يسقى أرضه التى لها شرب من هذا النهر مع ذلك فهو يستوفى أكثر من حقه وان كان يريد أن يسوق شربه الاول الى هذه الارض الاخرى لم يكن له ذلك أيضا لانه اذا فعل ذلك وتقادم العهد ادعى للارض شربا من هذا النهر مع الاول واستدل على ذلك بالنهر المعد لاجراء الماء فيه من ذلك النهر الى هذه الارض فهذا معنى قوله يستوجب بذلك فى النهر شربا لم يكن له قبل ذلك وكذلك لو أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى ينتهى الى هذه الاخرى فليس له ذلك لانه يستوفى فوق حقه فالارض تنشف بعض

الماء قبل أن ينتهى الى هذه الارض الاخرى ثم هذا بمنزلة طريق بين قوم اذا أراد أحدهم
أن ينتج فيه طريقا من دار أخرى وساكن تلك الدار غير ساكن هذه الدار فهو ممنوع
من ذلك وقد بينا الفرق فى كتاب القسمة بين هذا وبين ما اذا كان ساكن الدارين واحدا
واذا أراد هذا الرجل أن يسقي من هذا النهر نخيلا فى أرض أخرى ليس لها فى هذا النهر
شرب فليس له ذلك كما لو أراد أن يسقي زرعا من هذه الارض الاخرى واذا استأجر
أصحاب النهر رجلا يقسم بينهم الشرب كل شهر بشيء معلوم ويقوم على نهرهم فذلك جائز
لان العقد يتناول منافعه التي توجد فى المدة وهى معلومة ببيان المدة والبدل الذى بمقابلتها معلوم
وان استأجروه بشرب من النهر مكان الآخر لم يجز لان الاجرة اذا كانت معينة فهى كالمبيع
والشرب لايجوز أن يكون مبيعا مقصودا ويكون له أجر مثله لانه أوفاه منافعه بعقد فاسد ولو
أعطوه كفيلا بذلك لم يجز ولو لم يكن على الكفيل شيء لان الكفيل انما التزم المطالبة بما هو
مستحق على الاصيل وليس على الاصيل من تسليم الشرب شيء فكذلك لايجب على الكفيل
واذا احتفر القوم بينهم نهرا على أن يكون بينهم على مساحة أراضيهم وتكون نفقته بينهم على
قدر ذلك ووضعوا على رجل منهم أكثر مما عليه غلطا رجع بذلك عليهم لانهم استوفوا
ذلك منه بغير حق فعليهم رده ولو وضعوا عليه أقل من نصيبه رجعوا عليه بالفضل لانه تبين
انه ماأوفاهم بعض ماكان مستحقا عليه ولم يوجد منهم اسقاط شيء من حقهم عنه فيكون لهم
أن يرجعوا عليه بالفضل . واذا كان نهر بين قوم فاصطلحوا على أن يسموا لكل رجل منهم
شربا مسمى وفيهم الغائب والشاهد فقدم الغائب فله أن ينقض لان قسمتهم لم تكن بحضرته
ولا بحضرة نائبه ولا ولاية لهم عليه فى تمييز نصيبه بالقسمة فيكون له أن يبطلها ليستوفى
حقه فان كانوا أوفوه حقه وحازوه وقسموه وأبانوه فليس له أن ينقض لانه لو نقض احتاج
الى اعادته من ساعته ولا يمكن من النقض لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر عليه فى هذا
الموضع فكان فى النقض متعنتا ولا تجوز الكفالة بثمن الشرب ولا بالاجرة بمقابلة الشرب
لان ذلك ليس بمستحق على المطلوب فلا يصح التزام المطالبة بالكفالة فان نقد الكفيل
الثمن رجع به على البائع الذى نقده ان شاء لانه استوفى منه مالم يكن مستحقا له وان شاء
رجع به على المشترى لانه أدى عنه بأمره ثم يرجع به المشترى على البائع لانه ملك المؤدى
بالضمان فكان بمنزلة مالو أداه بنفسه واذا وكل رجل وكيلا بشربه يسوقه الى أرضه ويقوم

عليه فهو جائز لان جهة الانتفاع بالشرب تتعين وقد أناب الوكيل فيه مناب نفسه فلا يحتاج بيانه لصحة التوكيل لان الحاجة الى البيان لتمكن الوكيل من تحصيل مقصود الموكل وذلك فيما لا تكون الجهة متعينة فيه وليس له أن يبيع شرب أرضه كما ليس لصاحب الشرب أن يبيعه بنفسه ولا أن يسقى أرض غيره لان ذلك تبرع ومطلق التوكيل لا يملك التبرع كمن وكل غيره بماله ملك الحفظ بهذا اللفظ دون التبرع واذا اتخذ الرجل مشرعة على شاطئ الفرات ليستقي منها السقاؤن ويأخذ منهم الاجر لم يجز ذلك لانه لم يبعهم شيأ ولم يؤاجرهم أرضا معناه انهم يأخذون الماء من الفرات فى أوانيهم والماء فى الفرات غير مملوك لصاحب المشرعة ثم الموضع الذى اتخذ فيه المشرعة من الارض غير مملوك له ولو كان مملوكا فهو لم يؤاجرهم ذلك الموضع (ألا ترى) انه فى يده على حاله وشرط اجارة الارض تسليمها الى المستأجر ولانهم لا ينتفعون بالارض وانما ينتفعون بالماء فما يعطونه من الماء لا يكون عوضا عن منفعة الارض بل هو أكل مال الغير بالباطل ولو تقبل هذه المشرعة كل شهر بشئ مسمى تقوم فيه الدواب أجزت ذلك لانه التزم الاجر بمقابلة منفعة الارض فان ايقاف الدواب فى موضع من الارض انتفاع بها ويد المستأجر تثبت عليه بايقاف الدواب فيها وهى معلومة ببيان المدة فصحت الاجارة لذلك وكذلك لو استأجر رجل قطعة منها يوما يقيم فيها بغير آلة جاز وهذا بخلاف الاول فان السقائين ما استأجروا موضعا معلوما ولا بينوا لوقوفهم مدة معلومة فبطلت الاجارة هنالك للغرر والجهالة وان كانت هذه الشرعة لا يملكها الذى اتخذها فلا ينبغى له هذا ولا يصلح له بمنزلة من أراد أن يبنى دكانا فى الطريق ليؤاجره من الناس منع من ذلك وهذا لان فى الطريق حق عامة المسلمين فكذلك فى موضع المشرعة من شط الفرات حق جميع المسلمين فلا ينبغى له أن يحول بينهم وبين حقهم باتخاذ المشرعة فيه ليؤاجره فيكتسب لنفسه ولو كانت فى موضع لا حق فيه لاحد فاتخذ مشرعة فى ذلك المكان كان للمسلمين أن يستقوا من ذلك المكان بغير أجر كما كان لهم ذلك قبل أن تتخذ فيه مشرعة وهذا لان بتصرفه لا يملك ابطال حق المسلمين ولا أن يحول بينهم وبين حوائجهم وانما أرخص له فى ذلك اذا كانت الارض له يملك رقبتها فحينئذ لا حق لاحد فيه خصوصا فى غير وقت الضرورة ولو أراد المسلمون أن يمروا فى تلك الارض ليستقوا من ذلك الماء فمنعهم منه فان لم يكن له طريق غيره لم يكن له أن يمنعهم وان كان يملك رقبتها

ولكنهم يمرون فى أرضه ومشرعته بغير اذنه لان الموضع موضع الحاجة والضرورة فالماء سبب لحياة العالم قال الله تعالى وجعلنا من الماء كل شئ حى فاذا لم يجدوا طريقا آخر كان هـذا الطريق متعينا لوصـولهم منـه الى حاجتهم فليس له أن يمنعهم من ذلك فان كان لهم طريق غير ذلك كان له أن يمنعهم من ذلك لانه لاضرورة الى التطرق فى ملكه وهو نظير من أصابته مخمصة يباح له أن يتناول من طعام الغير فان كان عنده مثل ذلك الطعام لم يكن له أن يتناول من طعام الغير بغير اذنه الا أن هنالك عند الضرورة يجب الضمان لما فى التناول من اتلاف مال متقوم على صاحبه وهنا ليس فى المرور بين أرضه اتلاف شئ عليه واذا كان لرجل نهر فى أرض رجـل فأراد أن يدخـل فى أرضه ليعالج من النهر شيأ فمنعه رب الارض من ذلك فليس له أن يدخل أرضه الا أن يمضى فى بطن النهر وكذلك القناة والبئر والعين لانه لاحق له فى أرضه ولا نفع للحاجـة الى التطرق فى أرضه لتمكنه من تحصيل مقصوده بأن يمضى فى أرض النهر مع أن هذا فيه ضرر خاص وفى الاول ضرر عام وقد يتحمل عند الحاجة الى دفع الضرر العام مالا يتحمل عند الحاجة الى دفع الضرر الخاص فان كان له طريق فى الارض فله أن يمر فى طريقه الى النهر والعين والقناة لانه يستوفى ماهو مستحق له واذا اصطلح الرجلان على أن يخرجا نفقة يحفران بها بئرا فى أرض موات على أن يكون البئر لاحـدهما والحريم للآخر لم يجز لانهما قصـدا التفرق بين شيئين ثبت الجمع بينهما شرعا وهو البئر والحريم ثم استحقاق الحريم على طريق التبع لتمكن الانتفاع به من البئر فلا يجوز أن يستحق بالشرط مقصودا منفصلا عن البئر ثم فى هذا الشرط اضرار بصاحب الارض لانه لايتمكن من الانتفاع ببئره من غير حريم واعتبار الشرط للمنفعة لا للضرر وسواء كانت المنفعة بينهما مختلفة أو متفقة وان اشترطا أن يكون الحريم والبئر بينهما نصفين على أن ينفق أحدهما أكثر مما ينفق الآخر لم يجز لان النفقة عليهما بقدر الملك فشرط المناصفة فى الملك يوجب أن تكون النفقة بينهما نصفين شرعا فيكون اشتراط زيادة النفقة على أحدهما مخالفا لحكم الشرع فان فعلا كذلك رجع صاحب الاكثر بنصف الفضل على صاحبه لانه أنفق بامر صاحبه فلا يكون متبرعا فى حصة صاحبه واذا كانت بئر فى أرض بين رجلين فباع أحدهما نصيبه من البئر بطريقه فى الارض فان ذلك لايجوز لانه يبيع طريقا بينه وبين آخر وأحد الشريكين فى الارض لايملك أن يبيع طريقا فيها الا برضا شريكه ولو باع نصف البئر بغير طريق جاز

ولم يكن له طريق فى الارض لما بينا أن بتسمية البئر فى البيع مطلقا لا يدخل الطريق الخاص فى ملك الغير كما أن بتسمية الدار والبيت فى البيع لا يدخل الطريق وان باع نصيبه من الارض مع البئر ونصيبه نصف الارض جاز كله لان البيع معلوم والمشترى يقوم مقام البائع في ملكه ولا ضرر على الشريك فى صحة هذا البيع والله أعلم

باب الشهادة فى الشرب

(قال رحمه الله) واذا كان لرجل نهر فى أرض رجل فادعى رجل فيه شرب يوم فى الشهر وأقام البينة على ذلك قضى له به وكذلك مسيل الماء لان الثابت بالبينة كالثابت باتفاق الخصمين عليه وقد بينا أن الجهالة فى الشرب والمسيل لا تمنع اثباته بالبينة ولو ادعي يومين فى الشهر فجاء بشاهد على يوم فى رقبة النهر وشاهد آخر على يومين ففى قياس قول أبى حنيفة رحمه الله لا يقضي بشيء وفى قولهما يقضى بيوم وهو نظير ما تقدم من اختلاف الشاهدين فى التطليقة والتطليقتين والالف والالفين وان كان المدعى يدعى شرب يوم فى الشهر لم تقبل الشهادة لانه كذب أحد شاهديه وان شهدوا أن له شرب يوم ولم يسموا عددا ولم يشهدوا ان له فى رقبة النهر شيأ لم تجز شهادتهم لان المشهود به مجهول جهالة يتعذر على القاضى القضاء معها وان ادعى عشر نهر أو قناة فشهد له أحدهما بالعشر والآخر باقل من ذلك ففى قول أبى حنيفة رحمه الله الشهادة باطلة وان شهدوا بالاقرار لاختلاف الشاهدين لفظا ومعنى وعلى قولهما تقبل على الاقل استحسانا وان شهد أحدهما بالخمس بطلت الشهادة لانه قد شهد له باكثر مما ادعى واذا ادعى رجل أرضا على نهر شربها منه فاقام شاهدين انها له ولم يذكر الشرب سببا فانى أقضي له بها وبحصته من الشرب لان الشرب تبع الارض واستحقاق التبع باستحقاق الاصل وان شهدوا له بالشرب دون الارض لم نقض له من الارض بشيء لان المشهود به تبع ولا يستحق الاصل باستحقاق التبع (ألا ترى) انهم لو شهدوا له بالبناء لا يستحق موضعه من الارض ولو شهدوا له بالارض استحق البناء تبعا وكذلك الاشجار مع الثمار واذا ادعى أرضا فى يد رجل فشهد له شاهد أنها له وشهد آخر على اقرار ذى اليد بذلك لم تقبل الشهادة لاختلافهما فى المشهود به فان أحدهما شهد باقرار هو كلام محتمل للصدق والكذب والآخر شهد له بتلك الارض وهما متغايران ولو كاتب رجل عبده

على شرب بغير أرض أو على أرض وشرب لم يجز أما الشرب بغير أرض فلا يستحق بالتسمية في شيء من عقود المعاوضات في الارض مع الشرب اذا لم تكن بعينها فهي مما لا يستحق دينا بشيء من عقود المعاوضات وان كانت أرضا بعينها لغيره لم يجز أيضا لان عقد الكتابة يستدعي تسمية البدل فتسمية عين هو مملوك لغير العاقد لا يكون صحيحا كالبيع ولا يتصور أن يكون مملوكا لان كسبه عند الكتابة مملوك للمولى فانما يصير هو أحق بكسبه بعد الكتابة فيكون هذا من المولى مبادلة ملكه بملكه وقد بينا اختلاف الروايات في الكتابة على الاعيان في كتاب العتاق وان شهد شاهد أن فلانا أوصى له بثلث أرضه وثلث شربه وشهد آخر بثلث شربه دون أرضه فانه يقضى بثلث الشرب له لاتفاق الشاهدين عليه لفظا ومعنى وليس له في ثلث الارض الا شاهد واحد ولو أوصى بثلث شربه بغير أرضه في سبيل الله تعالى أو في الحج أو الفقراء أو في الرقاب كان باطلا لان صرف الموصى به الى هذه الجهات يكون بتمليك العين أو بالبيع وصرف الثمن اليها والشرب لا يحتمل شيأ من ذلك فان كان أوصى بثلث حقه في النهر في كل شيء من ذلك جاز لانه أوصى معه بشيء من الارض يعني أرض النهر وهو مما يحتمل التمليك مع الارض واذا كان لرجل أرض وشرب فادعى الرجل انه اشترى ذلك منه بالف فشهد له شاهد انه اشترى الشرب والارض بالف وشهد الآخر انه اشترى الارض وحدها بغير شرب أو لم يذكر شربا فهذه الشهادة لا تجوز لان المشتري يكذب أحد شاهديه ولان القاضي لا يتمكن من القضاء بالشرب له لان الشاهد على شراء الشرب مع الارض واحد والمدعي غير راض بالتزام الالف بمقابلة الارض بدون الشرب فان كان هذا الثاني شهد انه اشتراها بكل حق هو لها أو بمرافقها أو بكل قليل وكثير هو فيها أو منها جازت الشهادة لان الشرب يدخل في شراء الارض بذكر هذه الالفاظ وانما اختلف الشاهدان في العبارة بعد اتفاقهما في المعنى وذلك لا يمنع العمل بشهادتهما كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالنحلة ولو جحد المشتري البيع وادعي رب الارض انه باعها بالف بغير شرب فزاد أحد شاهديه الشرب أو الحقوق أو المرافق لم تجز الشهادة لان البائع مكذب أحد شاهديه واذا باع الرجل شربا بأمة وقبضها فوطئها فولدت منه فهي أم ولد له لانه ملكها بالقبض بحكم عقد فاسد وهو ضامن لقيمتها ولم يذكر العقر هنا وقد بينا أن هذا هو الاصح خصوصا فيما اذا تعذر ردها بان صارت أم ولد له ولو وطئها رجل بشبهة وأخذ بائع الشرب المهر أو قطع رجل يدها

أو نقأ عينها فاخذ المشترى ارش ذلك ثم ماتت الجارية عنده ضمن قيمتها والارش والمهر له لانه انما يضمن قيمتها من وقت القبض فيتقرر ملكه فيهـا من ذلك الوقت فكان الارش والعقر حاصلا بعـد ملكه فيكون له وهـذا بخلاف الولدفانها لو ولدت ثم ماتت فالمشترى ضامن لقيمتها وعليه رد الولد مع رد القيمة لان الولد ليس بعوض عن جزء مضمون منها وانما يتقرر له الملك بالضمان فيتقرر الملك فى المضمون أو فيما هو عوض عن المضمون أو فيما هو تبع للمضمون لان التبع يملك بملك الاصل والولد بعد الانفصال ليس بمضمون ولا هو عوض عن المضمون ولا هو تبع للمضمون فلا يسقط عنه وجوب رد الولد بتقرر الضمان عليه فى الام فاما الارش فبدل جزء مضمون وقد سلم بدل هذا الجزء لمشترى الشرب حين ضمنه قيمتها صحيحة فلا يجوز أن يسلم له بدل آخر اذ لا يسلم للمرء بدلان عن شيء واحد وكذلك المهر فانه عوض عن المستوفى بالوطء والمستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين وقد ضمن قيمة جميع العين فيسلم له ما كان بدل جزء من العين * فان قيل المستوفى بالوطء فى حكم جزء ولكنه جزء غير مضمون (ألا ترى) انه اذا لم يتمكن بالوطء نقصان فيها وتعذر استيفاء العقر من الواطئ ردها المشترى ولم يضمن شيأ * قلنا نعم المستوفي بالوطء جزء غير مضمون حقيقة ولكنه فى حكم جزء من العين الذي هو مضمون ولهذا قلنا ان وطء المشترى يمنع الرد بالعيب أو بمنزلة جزء هو ثمره كالكسب فالكسب تبع للمضمون فى حكم الملك فكذلك العقر المستوفى من الواطئ * فان قيل فالولد أيضا خلف عن جزء هو مضمون وهو النقصان المتمكن بالولادة ولهـذا ينجبر به * قلنا الخلافة بحكم اتحاد السبب لا لانه عوض عن ذلك الجزء وانما يمتنع رد العوض لوصول مثله الى بائع الجارية وذلك غير موجود فى الولد ولو كانت حية فأخذ البائع الجارية تبعها الارش والمهر لانه لم يتقرر ملك المشترى فيها بل انعدم من الاصل بردها ولانه كان يلزمه رد هذا الجزء حال قيامه فكذلك يلزمه رد بدله مع رد الاصل والله أعلم

باب الخيار فى الشرب

(قال رحمه الله) واذا اشترى أرضا بشربها وهو بالخيار ثلاثة أيام وفى الارض زرع قد اشترطه معها ثم سقى الزرع من ذلك الشرب أو من غيره أو سقي بذلك الشرب زرعا في أرض أخرى أو نخلا أو شجرا فهذا رضا وقطع للخيار لانه تصرف فى المشترى تصرفا

بصفة المالك وهو لا يملكه شرعا الا باعتبار الملك ويقصد بمباشرته اصلاح الملك واحرازه فكان دليل الرضا بتقرر ملكه ودليل الرضا فى اسقاط الخيار كصريح الرضا ولو كان الخيار للبائع وصنع شيأ من ذلك فهو قطع للخيار وفسخ للعقد لانه مقرر لملكه بما باشر من التصرف فيه وكذلك لو كانت نخيلا فلقحها أو أرضا فكربها أو سرقها فهو قطع للخيار وفسخ للعقد لانه مقرر لملكه وكذلك لو جد النخيل أو قطف الكرم فهذا كله تصرف باعتبار الملك ويقصد به احراز الملك واصلاحه واذا اشترى عشر نهر أو بئر على انه بالخيار ثلاثة أيام ثم سقى أرضا له من ذلك فهذا قطع للخيار بخلاف ما لو سقي منه بقرا أو غنما له أو استقى للشفة من البئر أو للوضوء فهذا لا يكون رضا لان سقي الارض هو المقصود بالبئر والنهر ولا يملكه شرعا الا باعتبار ملكه فاقدامه عليه يكون تقريرا لملكه وأما الاستقاء للشفة فغير مقصود بالنهر والبئر ولا يختص ذلك بالملك شرعا فاقدامه عليه لا يكون دليل الرضا بملكه * يوضحه أن قبل البيع كان يملك الاستقاء من هذا البئر للشفة فكذلك بعد فسخ البيع يملكه فعرفنا انه لا أثر للبيع فيه وان اقدامه عليه لا يوجب تنفيذ البيع فأما سقي الارض فما كان يملكه قبل البيع ولا بعد فسخ البيع بل انما يمكن منه باعتبار البيع فاقدامه عليه تقرير للبيع وكذلك لو كان الخيار للبائع فالاستقاء للشفة لا يكون قطعا لخياره لان تمكنه منه ليس باعتبار قيام ملكه شرعا (ألا ترى) انه يتمكن منه بعد تمام البيع بالاجارة بخلاف سقي الارض منه واذا اشترى نهرا وهو بالخيار ثلاثة أيام فسقى أجنبي أرضا له من ذلك النهر والمشترى لا يعلم به فليس هذا بقطع للخيار لانه لم يتمكن بفعل الاجنبي نقصان فى العين ولا وجد من المشترى دليل الرضا به بخلاف ما لو عيبه أجنبي فى يد المشترى فان خياره انما يسقط هنالك لتمكن النقصان في العين وعجزه عن رده كما قبض واذا اشترى نهرا بقناة وأسقط الخيار ثلاثة أيام فان سقى أرضه مما اشترى فهو اجازة للبيع وان سقاها مما باع فهو نقض للبيع لان خياره فيما باع خيار للبائع فسقيه للارض مما باع دليل تقرر ملكه فيما باع وفيما اشترى دليل الرضا بملكه ولو أن الآخر هو الذى سقي أرضه منهما أو من أحدهما لم يكن هذا نقضا للبيع ولا اجازة لان البيع فى جانبه لازم وهو غير متمكن من اسقاط خيار صاحبه وهو نظير ما لو اشترى عبدا بجاريته وشرط الخيار لنفسه ثلاثة أيام فان أعتق ما باع فهو نقض منه للبيع وان أعتق ما اشترى فهو اجازة وان فعل ذلك صاحبه لم يكن نقضا ولا اجازة لان عتق صاحبه فيما باع لم ينفذ

زوال ملكه وبما اشترى لا ينفد لانه لم يملكه فان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشترى بئرا وهو بالخيار ثلاثة أيام وقبضها فانخسفت أو انهدمت أو ذهب ماؤها أو نقص نقصانا فاحشا لزمه البيع لتغير المبيع في يد المشترى فانه باختياره يملك الرد كما قبض ولا يملك الحاق الضرر بالبائع بالرد عليه متغيرا وقد عجز عن رده كما قبض ولو كان الخيار للبائع فذهب ماؤها عند المشترى فالبائع على خياره ان شاء أمضى البيع وأخذ الثمن وان شاء رد المبيع وأخذ قيمة النقصان لانها تعيبت فى ضمان المشترى وذلك لا يمنع البائع من التصرف بحكم خياره واذا فسخ البيع بقيت مضمونة عند المشترى بالقبض والمقاربضمن بالقبض بجهة العقد فلهذا ضمنه النقصان ، لو كان الخيار للمشترى فنأها وطواها حتى عادت كما كانت لم يكن له أن يردها لان هذا تصرف بحكم الملك وهو مسقط للخيار فكيف يعود به خياره الذى سقط واذا اشترى بئرا وحريمها اشترط الخيار وفى حريمها كلا فارعاها الغنم وأناخها فى عطن البئر لم يكن هذا رضا عنزلة مالو سقى منها غنما له أو أناخها فى العطن لان تمكنه من الكلا شرعا ليس باعتبار الملك فقد كان متمكنا منه قبل البيع وبعد فسخ البيع بخلاف مالو حفر بئرا فى حريمها أو بنى فيها فان هذا التصرف لا يملكه الا باعتبار ملكه فيكون اقدامه عليه دليل الرضا ولو كان فيه شجر مما تنبته الناس فافسدته الغنم أو قلعته كان هذا ملزما له لانه بمنزلة العيب الحادث فى يد المشترى وذلك مسقط لخياره وكذلك لو فعل ذلك أجنبي ولو هدم البئر انسان فضمنه المشترى قيمة الهدم كان ذلك منه قطعا للخيار لان قبل التضمين سقط خياره للتعيب والتضمين تصرف باعتبار الملك فلا يجوز أن يعود به ما سقط من الخيار وكرى النهر وكسر البئر رضا بالبيع لان هذا التصرف لا يفعل الا فى الملك على قصد الاصلاح فهو كالبناء والحفر فى القناة وان وقع فى البئر ما ينجسه من عذرة أو شاة أو عصفور أو فارة فماتت فذلك يلزمه البيع سواء وجب نزح جميع الماء أو نزح بعض الدلاء لان الماء قد تنجس بما وقع فى البئر قبل النزح منه فالنجاسة فى الماء عيب فى العرف والتعيب فى ضمان المشترى مسقط لخياره واذا استعار من رجل نهرا ليسقى منه به أرضه ثم اشتراه على انه بالخيار ثم سقى به أرضه فهذا قطع للخيار لانه بعد الشراء انما سقى به بحكم البيع لا بحكم الاستعارة فان الاعارة تنقطع بزوال ملك البائع بالبيع الثابت فى حقه فتقدم الاستعارة وجودا وعدما بمنزلة وكذلك لو باع المشترى الشرب بغير أرض أو ساوم به أو أجره اجارة صحيحة

أو أجر الشرب اجارة فاسدة أو رهن واحدا منهما أو تزوج عليه أو أعاره واحدا منهما فزرع المستعير الارض أو سقى بالشرب أو لم يفعل فهذا كله قطع للخيار لان ما باشر من التصرف لا يفعله الا المالك عادة فاقدامه عليه دليل الرضا بملكه ولو اشترى رحاماء بنهرها والبيت الذى هو فيه ومتاعها على انه بالخيار ثلاثا فان طحن بها لم يكن رضا بها لان الطحن للاختبار لا للاختيار فان مقصوده من اشتراط الخيار انه ينظر هل يتم مقصوده بها أو لا يتم ولا يعرف ذلك الا بالطحن فهو نظير الاستخدام فى المماليك وركوب الدابة للنظر الى سيرها فان نقصها الطحن أو انكسرت فهذا رضا منه بسبب التعيب فى ضمانه لا بسبب الطحن ولو اشترى أرضا وشربا وقال لي الرضا الى ثلاثة أيام ان رضيت أجزت وان كرهت تركت أو قال لى الخيار ثلاثة أيام فهذا جائز لان المقصود بهذه الالفاظ اشتراط الخيار لنفسه ثلاثة أيام وانما ينبني الحكم على ما هو المقصود واذا باع أرضا وشربا بجارية واشترط الخيار ثلاثة أيام وكان مع الجارية مائة درهم فانفقها لم يكن هذا رضا بخلاف ما اذا قبل الجارية أو جامعها أو عرضها على البيع لان الجارية متعينة فى العقد فاقدامه على تصرف فيها هو دليل الرضا بملكها ويكون اسقاطا للخيار فأما المائة التى قبضها فغير متعينة فى العقد (ألا ترى) انه كان لمشترى الارض أن يعطي غيرها وانه بعد الفسخ لا يجب على البائع رد المقبوض من الدراهم بعينه فلا يكون تصرفه فيها دليل الرضا بحكم البيع فكان على خياره بعد اتفاقها ولو اشترى أرضا وشربا وشرط الخيار فى الارض دون الشرب أو فى الشرب دون الارض فهذا بيع فاسد لان الصفقة واحدة والثمن جملة والذى لم يشترط الخيار فيه يتم البيع فيه وثمنه مجهول بمنزلة مالو اشترى ثوبين بثمن واحد على انه بالخيار فى أحدهما بعينه واذا اشترى العبد التاجر أرضا وشربا بشرط الخيار ونقض مولاه البيع أو اجازه فنقضه باطل سواء كان على العبد دين أو لم يكن لانه حجر خاص فى اذن عام واجازته تصح ان لم يكن عليه دين لان كسبه ملكه (ألا ترى) انه يتمكن من التصرف فيه بالبيع والهبة ويسقط به خيار العبد لا محالة فكذلك يصح منه اسقاط خياره وان كان عليه دين لم يجز لانه أجنبي من كسبه لا يتمكن فيه من التصرف المسقط لخياره فكذلك لا يملك اسقاط خياره فيه قصدا وان كان نهر بين قوم لهم عليه أرضون ولبعض أرضهم سوانى فى ذلك النهر ولبعضها دوالى وبعضها ليست لها ساقية ولا دالية وليس لها شرب معروف من هذا النهر ولا من غيره فاختصموا فى هذا النهر وادعي

صاحب الارض ان لها فيه شربا وهى على شاطئ النهر فانه ينبغى فى القياس أن يكون النهر بين أصحاب السوانى والدوالى دون أهل الارض لان يد أصحاب السوانى والدوالى ثابتة عليه بالاستعمال وليس لصاحب الارض مثل ذلك اليد فهو نظير مالو تنازع اثنان فى ثوب وأحدهما لابسه والآخر متعلق بذيله أو تنازعا فى دابة وأحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها ولكنه استحسن فقال النهر بينهم جميعا على قدر أراضيهم التى على شط النهر لان المقصود بحفر النهر سقى الاراضى لا اتخاذ السوانى والدوالى فقيما هو المقصود على حالهم على السواء فى اثبات اليد فهو بمنزلة مالو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه جرادى أو بوارى أو تنازعا فى دابة ولاحدهما عليها مخلاة أو منديل فانه لا يترجح بذلك لانه تحمل ليس بمقصود فوجوده كعدمه وكذلك اتخاذ السوانى والدوالى على النهر تبع غير مقصود فلا يترجح بذلك صاحبه فان كان يعرف لهم شرب قبل ذلك فهو على ذلك المعروف والا فهو بينهم على قدر أراضيهم لان الشرب لحاجة الاراضى فيتقدر بقدر الارض وان كان لهذا الارض شرب معروف من غير هذا النهر فاما شربها من ذلك النهر وليس لها من هذا النهر شئ لان الارض الواحدة لا يجعل شربها من نهرين عادة فيكون شرب معروف لها من نهر آخر دليل ظاهر على أنه لا شرب لها فى هذا النهر وان كانت على شطه ولان صاحب هذه الارض انما كان يستحق لها شربا من هذا النهر لحاجة الارض الى الشرب وقد انعدم ذلك بالشرب المعروف لها من نهر آخر فان لم يكن لها شرب من غيره قضيت لها فيه بشرب ولو كان لصاحبها أرض أخرى الى جنبها ليس لها شرب معلوم فانى أستحسن أن أجعل لاراضيه كلها ان كانت متصلة الشرب من هذا النهر وفى القياس لا يستحق الشرب من هذا النهر للارض الاخرى الا بحجة لان هذه الاخرى غير متصلة بالنهر بل الارض الاولى حائلة بين النهر وبينها ولكنه استحسن فقال لا بد للارض من شرب لان الانتفاع بها لا يتأتى الا بالشرب والظاهر عند اتصال أراضيه بعضها ببعض ان تشرب كلها من هذا النهر فيجب البناء على هذا الظاهر ما لم يتبين خلافه فان قيل الظاهر يعتبر فى دفع الاستحقاق لا فى اثبات الاستحقاق والحاجة هنا الى اثبات الاستحقاق قلنا نعم ولكن استحقاق المتنازعين له فى هذا النهر غير ثابت الا بمثل هذا الظاهر فيصلح هذا الظاهر له معارضا ومزاحما لخصمائه وان كان الى جانب أرضه أرض لآخر وأرض الاول بين النهر وبينها وليس لهذه الارض شرب معروف ولا يدرى من أين كان شربها فانى أجعل لها شربا

من هذا النهر أيضا لان ماقررنا من الظاهر لا يختلف باتحاد مالك الارضين واختلاف المالك الا أن يكون النهر معروفا لقوم خاصا بهم فلا أجعل لغيرهم فيه شربا الا ببينة لان المنازعين هنا دليل لاستحقاق سوى الظاهر وهو اضافة النهر اليهم وهذه الاضافة اضافة ملك أو اضافة احداث أنهم هم الذين حفروا هذا النهر وهو مملوك لهم فلا يستحق غيرهم فيه شيأ الا ببينة فان كان هذا النهر يصب فى أجمة وعليه أرض لقوم مختلفين ولا يدرى كيف كانت حاله ولا لمن كان أصله فتنازع أهل الارض وأهل الاجمة فيه فانى أقضى به بين أصحاب الارض بالحصص وليس لهم أن يقطعوه عن أهل الاجمة وليس لاهل الاجمة أن يمنعوه من المسيل فى أجمتهم لان النهر انما يحفر لسقى الاراضى فى العادة فالظاهر فيه شاهد لاصحاب الاراضى وهم المنتفعون بالنهر فى سقى أراضيهم منه ولكن لاهل الاجمة نوع منفعة أيضا وهو فضل الماء الذى يقع فى أجمتهم فلا يكون لاصحاب الاراضى قطع ذلك عنهم بالظاهر ولاصحاب الاراضى منفعة فى مسيل فضل الماء فى الاجمة فلا يكون لاصحاب الاجمة أن يمنعوهم ذلك بمنزلة حائط تنازع فيه رجلان ولاحدهما فيه اتصال تربيع ولا آخر عليه جذوع فالحائط لصاحب الاتصال وليس له ان يكلف الآخر رفع جذوعه وهذا لان ما وجد على صفة لا يغير عنها الا بحجة ملزمة والظاهر لا يكفى لذلك ولو ان رجلا بنى حائطا من حجارة فى الفرات واتخذ عليه رحا يطحن بالماء لم يجز له ذلك فى القضاء ومن خاصمه من الناس فيه هدمه لان موضع الفرات حق العامة بمنزلة الطريق العام ولو بنى رجل فى الطريق العام كان لكل واحد ان يخاصمه فى ذلك ويهدمه وأما بينه وبين الله تعالى فان كان هذا الحائط الذى بناه فى الفرات يضر بمجرى السفن أو الماء بان لم يسعه وهو فيه آثم وان كان لا يضر باحد فهو فى سعة من الانتفاع بمنزلة الطريق العام اذا بنى فيه بناء فان كان يضر بالمارة فهو آثم فى ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وان كان لا يضر بهم فهو فى سعة من ذلك ومن خاصمه من مسلم أو ذمى تقضى عليه بهدمه لان الحق فيه للناس كافة فالمسلم والذمى فى هذه الخصومة سواء (ألا ترى) أن للذمى حق المرور فى الطريق كالمسلم فكان له فى هذه الخصومة من المنفعة مثل ما للمسلم وكذلك النساء والمكاتبون وأما العبد فلا خصومة له فى ذلك لان العبد تبع لمولاه فلا حق له فى الانتفاع بالطريق والفرات مقصود بنفسه بخلاف المكاتب والمرأة فهما فى ذلك كالحر والصبى بمنزلة العبد تبع لا خصومة له فى ذلك والمغلوب والمعتوه كذلك الا أن يخاصم عنه أبوه أو

وصيه ولا فائدة فى هـذا الجواب الذى قاله انه يخاصم عن الصبي والمجنون أبوه أو وصيه لانهما يخاصمان فى ذلك عن أنفسهما وان كانا قد أسقطا حقهما فهذا مما لا يسقط بالاسقاط فلامعني لخصومتهما على وجه النيابة وهما يملكان ذلك عن أنفسهما وان كان نهر بين رجلين لاحدهما ثلثاه وللآخر ثلثه فاصطلحا على أن يسقي صاحب الثلث منه يوما وصاحب الثلثين يومين فهو جائز لانهما اقتسما ماء النهر بينهما على تراض والمناوبة بالايام فى هـذا كالقسمة قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم كل شرب محتضر وقال تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم واذا كانت الارض فى يد المشترى وهو بالخيار ثلاثة أيام فهدم البائع بناءها أو أفسد نهرها أو بئرها لم يكن للمشترى أن يرد بخياره وقد لزمه البيع ويضمن البائع قيمة ذلك لانها تعيبت فى ضمان المشترى والبائع صار كالاجنبي لان البيع من جهته تم بالتسليم وكذلك لو كان المبيع عبدا فقتله البائع فى يد المشترى كان البيع لازما للمشترى بالثمن وعلى البائع قيمته وكذلك لو اشترى ثوبا وقبضه ولم يره فخرقه البائع فى يد المشترى لزم البيع للمشترى وهذا كله قول أبى حنيفة ومحمد وهو قول أبى يوسف الاول ثم رجع فقال لا يسقط خيار المشترى بما أحدث البائع في المبيع وليس البائع فى ذلك كغيره من الاجانب لان تعذر الرد عند التعيب فى ضمان المشترى لدفع الضرر عن البائع وقد وجد منه الرضا بهذا الضرر حين عيبه بخلاف ما اذا عيبه أجنبي والصحيح أن هذا الخلاف فى خيار الشرط وخيار الرؤية وخيار العيب سواء وقد بينا المسئلة فى كتاب البيوع ثلاثة نفر بينهم حرث حصدوه وجمعوه وفى يد أحدهم وضعوه ليحفظ لهم فزعم انه قد دفع نصيب الرجلين الى أحدهما والمدفوع اليه ينكر ذلك والآخر ينكر أن يكون دفع اليه حقه أو يقول دفع اليه بغير أمرى أو بقي الثلث فى يد الثالث وقال الدافع دفعت الى صاحبي ثلثه أو حقه ثم قال دفعت اليه أيضا بعد ذلك ثلث صاحبه بامره وهما ينكران ذلك قال يقتسمون الثلث الذى بقي فى يده بينهم أثلاثا ويضمن ثلث ما دفع فيكون للآخرين بينهما نصفين وهذه المسئلة تشتمل على أحكام ثلاثة حكم الاختصاص وحكم اداء الامانة وحكم الخلاف فاما بيان حكم الاختصاص فنقول جميع الزرع كان مشتركا بين ثلاثتهم وكان الحافظ أمينا فى نصيب الآخرين ودعواه الدفع الى أحدهما بامر صاحبه بمنزلة دعواه دفع نصيب كل واحـد منهما اليه والقول قول الامين فى براءته عن الضمان ولكن قوله فى استحقاق شئ على صاحبه والثلث الذى بقي فى يده مشترك بين ثلاثتهم

باعتبار الاصل لانه جزء من ذلك المشترك فهو يدعي استحقاق نصيب الآخرين من هذا الثلث عليهما فلا يقبل قوله فى ذلك ويقسم هذا الثلث بينهم أثلاثا باعتبار شركة الاصل (ألا ترى) أن المكيل لو كان مشتركا بين اثنين فظهر نصفه فى يد أحدهما وزعم ان صاحبه قد استوفى النصف الآخر وجحد صاحبه وحلف يجعل هذا النصف مشتركا بينهما والنصف الآخر كالتاوي فكذلك هنا اذا حلف الآخران على دعواه يجعل هذا الثلث بينهم أثلاثا وأما حكم الامانة فقد زعم انه دفع نصيب المدفوع اليه من الثلثين اليه فالقول فيه قوله مع اليمين لانه أمين ادعي رد الامانة على صاحبه ولكن بيمينه تثبت براءته عن الضمان ولا يثبت الوصول الى من زعم أنه دفع اليه كالمودع اذا ادعى رد الوديعة على الوصي فان الوصي لا يكون ضامنا للصبي شيأ بيمين المودع وأما حكم الخلاف فقد زعم أنه قد دفع نصيب الآخر الى شريكه ودفع الامين الامانة الى غير صاحبها موجب الضمان عليه الا أن يكون الدفع بأمر صاحبها فقد أقر بالسبب الموجب للضمان فى نصيبه وهو ثلث الثلثين وادعي المسقط وهو أمره اياه بالدفع اليه فلا يقبل قوله في ذلك الا بحجة وعلى المنكر اليمين فاذا حلف غرم له ثلث الثلثين ثم هذا الثلث بين الآخرين نصفان لانهما متفقان على انه لم يدفع اليه شيأ وان هذا المقبوض جزء من المشترك بينهما أو بدل جزء مشترك فيكون بينهما نصفين باعتبار زعمهما * رجل عمد الى نهر المسلمين عامة أو نهر خاص عليه طريق العامة أو لقوم خاص فاتخذ عليه قنطرة واستوثق من العمل ولم يزل الناس والدواب يمرون عليه حتى انكسر أو وهى فوقع انسان فيه أو دابة فمات أو عبر به انسان وهو يراه متعمدا يريد المشي عليه فلا ضمان عليه فى شيء من هذا لان مافعله حسبة وقد وجد الرضا من عامة المسلمين باتخاذهم ذلك الوضع ممرا فكأنه فعله باذن الامام فلهذا لا يضمن ماتلف بسببه وان وضع عارضة أو بابا فى طريق المسلمين فمشى عليه انسان متعمدا لذلك فانكسر الباب وعطب الماشي فضمان الباب على الذي كسره ولا ضمان على واضع الباب الذى عطب به لان الماشي متعمد المشي على الباب مباشر كسره (ألا ترى) أن من أوطأ انسانا فقتله كان مباشرا لقتله حتى تلزمه الكفارة وواضع الباب وان كان فى تسببه متعديا ولكن الماشي تعمد المشي عليه ولا يعتبر التسبب اذا طرأت المباشرة عليه كمن حفر بئرا فى الطريق فتعمد انسان القاء نفسه فى البئر أو ألقاه فيه غيره لا يكون على الحافر شيء وعلى هذا من رش الطريق فتعمد انسان المشي فى ذلك الموضع وزلقت رجله وعطب لم يكن على

الذى رش ضمان بخلاف من مشى على ذلك الموضع وكان لا يبصره بان كان أعمى أو كان ليلا فحينئذ يجب الضمان على الذى رش الطريق اذا عطب به الماشى وتمام بيان هـذه الفصول فى الديات واصلاح النهر العام على بيت المال لانه من تمام نوائب المسلمين ومال بيت المال معد لذلك ولو أن الوالى أذن لرجل أن ينصب طاحونة على ماء لقوم خاصة فى أرض لرجل ولا يضر أهل النهر شئ وأهل النهر يكرهون ذلك أو يضرهم والوالى يرى فى ذلك صلاحا للعامة فانه لا ينبغى أن يضع ذلك الا باذن صاحب الارض وصاحب النهر لانه ملك خاص وليس للامام ولاية النظر فى الملك الخاص لانسان بتقديم غيره فيه عليه بل هو فى ذلك كسائر الرعايا وانما يثبت له حق الاخذ من المالك عند تحقق الضرورة وخوف الهلاك على المسلمين بشرط العوض كما يكون لصاحب المخمصة فلهذا لم يعتبر اذن الامام هنا * أهل مدينة بنوها بعد قسمة الوالى بينهم وترك فيها طريقا للعامة فرأى الوالى بعد ذلك أن يعطى بعض الطريق أحدا ينتفع به ولا يضر ذلك باهل الطريق فان كانت المدينة للوالى فهو جائز وان كانت للمسلمين فلا ينبغى له أن يعطى منها شيأ ولا ينبغى للذى يعطى أن يأخذ من ذلك شيأ لان الحق فى ذلك الموضع ثابت للمسلمين وللامام ولاية استيفاء حقهم دون الاسقاط وايثار غيرهم عليهم فى ذلك (ألا ترى) أن الرجل لما جاء بكبة من شعر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال أخذتها من الفيء لاخيط بها بردعة بعير لى فقال عليه الصلاة والسلام اما نصيبي منها فهو لك فلما تحرز رسول الله صلى الله عليه وسلم من تخصيصه بتلك الكبة دون سائر الغانمين عرفنا أن على كل والى ان يتحرز من مثل ذلك أيضا * قوم اقتسموا أرضا لهم بينهم بالسوية ثم اختلفوا فى مقدار الطريق فان كانوا قد اختلفوا بعد تمام القسمة فالقول قول المدعى عليه لانكاره حق الغير فيما فى يده وان كانوا لم يفرغوا من القسمة جعلوا الطريق بينهم على ما شاؤا وقد بينا الكلام فى الطريق فى كتاب القسمة وان الاثر المروى فيه بالتقدير بسبعة أذرع غير مأخوذ به والى ذلك أشار هنا فقال بلغنا فى ذلك عن عكرمة أثر يرفعه اذا اشتجر القوم فى الطريق جعل سبعة أذرع ولا نأخذ به لانا لا ندرى أحق هذا الحديث أم لا ولو علمنا انه حق أخذنا به ومعنى هذا انه أثر شاذ فيما يحتاج الخاص والعام الى معرفته وقد ظهر عمل الناس بخلافه فان الصحابة رضى الله عنهم فتحوا البلاد ولم ينقل عن أحد انه أخذ بهذا الحديث فى تقدير الطريق المنسوب الى الناس بسبعة أذرع فعرفنا ان الحديث غير صحيح ولو علم انه حق

وجب الاخذ به لان ماقدره صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام بتقدير يجب العمل به ولا يجوز الاعراض عنه بالرأي قولهم عشر بستات من ماء يجرى لهم جميعا فى نهر ومنهم من يرى عشر مثات وهو صحيح أيضا وكل واحد من اللفظين مستعمل فى قسمة الماء وكل مثت ست بستات وكل بست ست شمرات وهو معروف بين أهل مرو ومقصوده ماقال اذا اصفى منها من رجل منهم وقطع ذلك من نهرهم بحق الذى أصفى عنه من غير قسمة فهو شريكهم فيما بقي والذى أصفى من حقهم جميعا فالاصفاء هو النصب فمعناه اذا غصب الوالي نصيب أحد الشركاء من الشرب وجعل ذلك لنفسه أو لغيره فهذا المغصوب يكون من حق الشركاء كلهم وما بقي مشترك بينهم على أصل حقهم لان المغصوب كالمستهلك وما توى من المشترك يتوى على الشركة وما يبقي يبقي على الشركة فهذا مثله رجل له مجرى ماء يجرى الى بستانه أو يجرى الى دار قوم ميزاب له أو كان له ممشى فى دار قوم قد كان يمشي فيه الى منزله فاختلفوا فى ذلك من أين يعلم أنه للمدعى قال اذا شهدوا ان له طريقا فيها أو مجرى ماء أو مسيل ماء قبلت الشهادة وقضى له بذلك لانه يدعى لنفسه حقا فى ملك الغير فلا تسمع دعواه الا بحجة وما غاب عن القاضي علمه فالحجة فيه شهادة شاهدين ولا حاجة بالشاهدين الى بيان صفة الطريق والمجري والمسيل وان كانوا لو بينوا ذلك كان أحسن وقد بينا هذا فى كتاب الدعوى والله أعلم بالصواب

﴿ تم الجزء الثالث والعشرون من كتاب المبسوط للامام السرخسي الحنفي رحمه الله ﴾

﴿ ويليه الجزء الرابع والعشرون وأوله كتاب الاشربة ﴾

فهرست الجزء الثالث والعشرين من كتاب المبسوط للإمام السرخسي رحمه الله

صحيفة

صحيفة

تمت

﴿ الجزء الرابع والعشرون من ﴾

كتاب

المبسوط لشمس الدين السرخسي

وكتب ظاهر الروايه أتت * ستا وبالأصول أيضا سميت

صنفها محمد الشيبانى * حرر فيها المذهب النعمانى

الجامع الصغير والكبير * والسير الكبير والصغير

ثم الزيادات مع المبسوط * تواترت بالسند المضبوط

ويجمع الست كتاب الكافى * للحاكم الشهيد فهو الكافي

أقوى شروحه الذى كالشمس * مبسوط شمس الامة السرخسى

﴿تنبيه﴾ قد باشر جمع من حضرات أفاضل العلماء تصحيح هذا الكتاب بمساعدة جماعة من ذوى الدقة من أهل العلم والله المستعان وعليه التكلان

(أول طبعة ظهرت على وجه البسيطة لهذا الكتاب الجليل)

الحاج محمد افندى ساسى المغربى التونسى

مطبعة السعاده بجوار محافظة مصر

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاشربة

(قال) الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله إملاء إعلم أن الخمر حرام بالكتاب والسنة ¤ أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى أن قال فهل أنتم منتهون . وسبب نزول هذه الآية سؤال عمر رضي الله عنه على ماروي انه قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر مهلكه للمال مذهبة للعقل فادع الله تعالى يبينها لنا فجعل يقول اللهم بين لنا بيانا شافيا فنزل قوله تعالى يسألونك عن الخمر والميسر قل فيهما إثم كبير ومنافع للناس فامتنع منهما بعض الناس وقال بعضهم نصيب من منافعها وندع المأثم فقال عمر رضى الله عنه اللهم زدنا فى البيان فنزل قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتي تعلموا ما تقولون فامتنع بعضهم وقالوا لاخير لنا فيما يمنعنا من الصلاة وقال بعضهم بل نصيب منها فى غير وقت الصلاة فقال عمر اللهم زدنا فى البيان فنزل قوله تعالى انما الخمر والميسر الآية فقال عمر رضى الله عنه انتهينا ربنا والخمر هو النيء من ماء العنب المشتد بعد ما غلى وقذف بالزبد اتفق العلماء رحمهم الله على هذا ودل عليه قوله تعالى انى أرانى أعصر خمرا أى عنبا يصير خمرا بعد العصر والميسر القمار والانصاب ذبائحهم باسم آلهتهم فى أعيادهم والازلام القداح واحدها زلم كقولك قلم وأقلام وهذا شئ كانوا يعتادونه فى الجاهلية اذا أراد أحدهم أمرا أخذ سهمين مكتوب على أحدهما أمرنى ربي والآخر نهانى ربى فجعلهما فى وعاء ثم أخرج أحدهما فان خرج الامر وجب عليه مباشرة ذلك الامر وان خرج النهى حرم عليه مباشرته وبين الله تعالى أن كل ذلك رجس والرجس ماهو محرم العين وانه من عمل الشيطان يعنى أن من لا ينتهى عنه متابع للشيطان مجانب لما فيه رضا الرحمن وفى قوله عز وجل فاجتنبوه أمر بالاجتناب منه وهو نص فى التحريم ثم بين المعنى فيه بقوله عزوجل انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة

والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة وكان هذا اشارة الى الاثم الذي بينه الله تعالى فى الآية الاولي بقوله عزوجل واثمهما أكبر من نفعهما وفى قوله فهل انتم منتهون أبلغ مايكون من الامر بالاجتناب عنه وقال تعالى قل انما حرم ربى الفواحش ماظهر منها ومابطن والاثم والاثم من أسماء الخمر قال القائل

شربت الاثم حتى ضل عقلى * كذاك الاثم يذهب بالعقول

وقيل هذا اشارة الى قوله واثمهما أكبر من نفعهما ٭ والسنة ماروى عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال لعن الله فى الخمر عشرا الحديث وذلك دليل نهاية التحريم وقال عليه الصلاة والسلام شارب الخمر كعابد الوثن وقال عليه الصلاة والسلام الخمر أم الخبائث وقال عليه الصلاة والسلام اذا وضع الرجل قدحا فى خمر على يده لعنته ملائكة السموات والارض فان شربها لم تقبل صلاته أربعين ليلة وان داوم عليها فهو كعابد الوثن وكان جعفر الطيار رحمه الله يتحرز عن هذا فى الجاهلية والاسلام ويقول العاقل يتكلف ليزيد فى عقله فانا لا أكتسب شيأ يزيل عقلى والامة أجمعت على تحريمها وكفى بالاجماع حجة هذه حرمة قوية باتة حتى يكفر مستحلها ويفسق شاربها ويجب الحد بشرب القليل والكثير منها وهى نجسة نجاسة غليظة لايعفى عن أكثر من قدر الدرهم منها ولا يجوز بيعها بين المسلمين لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وبعض المعتزلة يفصلون بين القليل والكثير منها فى حكم الحرمة ويقولون المحرم ماهو سبب لوقوع العداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله تعالى وعن الصلاة وذلك الكثير دون القليل وعند أهل السنة والجماعة القليل منها والكثير فى الحرمة وجميع ماذكرنا من الاحكام سواء لقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب ثم فى تناول القليل منها معنى العداوة والصد عن ذكر الله تعالى فالقليل يدعو الي الكثير على ماقيل مامن طعام وشراب الاولذته فى الابتداء تزيد على اللذة فى الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاستكثار منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا أصاب منها شيأ فكان القليل منها داعيا الى الكثير منها فيكون محرما كالكثير (ألا ترى) أن الربا لما حرم شرعا حرم دواعيه أيضا وان المشى على قصد المعصية معصية وأما السكر فهو النيء من ماء التمر المشتد وهو حرام عندنا وقال شريك بن عبد الله هو حلال لقوله تعالى ومن ثمرات النخيل والاعناب تتخذون منه سكرا ورزقا

حسنا والرزق الحسن شرعا ماهو حلال وحكم المعطوف والمعطوف عليه سواء ولان هذه الاشربة كانت مباحة قبل نزول تحريم الخمر فيبقي ماسوى الخمر بعد نزول تحريم الخمر على ما كان من قبل (ألا ترى) أن في الآيات بيان حكم الخمر وما كان يكثر وجود الخمر فيهم بالمدينة فانها كانت تحمل من الشام وانما كان شرابهم من التمر وفي ذلك ورد الحديث نزل تحريم الخمر وما بالمدينة يومئذ منها شئ فلوكان تحريم سائر الاشربة مرادا بالآية لكان الاولى التنصيص على حرمة ما كان موجودا في أيديهم لان حاجتهم الى معرفة ذلك * وحجتنا في ذلك ماروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال الخمر من هاتين الشجرتين الكرم النخل ولم يرد به بيان الاسم لغة لانه مابعث مبينا لذلك وبين أهل اللغة اتفاق أن الاسم حقيقة للتي من ماء العنب وواضع اللغة خص كل عين باسم هو حقيقة فيه وان كان قد يسمى الغير به مجازا لما في الاشتراك من ايهام غفلة الواضع والضرورة الداعية الى ذلك وذلك غير متوهم هنا فعرفنا أن المراد حكم الحرمة أن ما يكون من هاتين الشجرتين سواء في حكم الحرمة ولما سئل ابن مسعود رضي الله عنه عن شرب المسكر لاجل الصفر قال ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم فاما قوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا فقد قيل كان هذا قبل نزول آية التحريم وقيل في الآية اضمار وهو مذكور على سبيل التوبيخ أي تتخذون منه سكرا وتدعون رزقا حسنا فان طبخ من العنب أدنى طبخه أو ذهب منه بالطبخ أقل من الثلثين ثم اشتد وغلا وقذف بالزبد فهو حرام عندنا وقال حماد بن أبي سليمان رحمه الله اذا طبخ حتى نضج حل شربه وكان بشر المريسي يقول اذا طبخ أدنى طبخه فلا بأس بشربه وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا اذا طبخ حتى ذهب منه النصف فلا بأس بشربه ثم رجع فقال مالم يذهب منه الثلثان بالطبخ لا يحل شربه اذا اشتد وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وعن محمد رحمه الله انه كره الثلث أيضا وعنه انه توقف فيه وعنه انه حرم ذلك كله اذا كان مسكرا وهو قول مالك والشافعي وطريق من توسع في هذه الاشربة ما ذكرنا ان قبل نزول التحريم كان الكل مباحا ثم نزل تحريم الخمر وماعرفنا هذه الحرمة الا بالنص فبقي سائر الاشربة بعد نزول تحريم الخمر على ما كان عليه قبل نزوله ومن أثبت التحريم في الكل قال نص التحريم بصفة الخمرية والخمر ما خامر العقل وكل ما يكون مسكرا فهو مخامر للعقل فيكون النص متناولا له ولكنا نقول الاسم للتي من ماء العنب حقيقة ولسائر الاشربة مجازا

ومتى كانت الحقيقة مرادة باللفظ تنحى المجاز وهبك أن الخمر يسمي لمني مخامرة العقل فذلك لا يدل على أن كل ما يخامر العقل يسمى خمرا (ألا ترى) أن الفرس الذى يكون أحد شقيه أبيض والآخر أسود يسمي أبلق ثم الثوب الذى يجتمع فيه لون السواد والبياض لايسمى بهذا الاسم وكذلك النجم يسمى نجما لظهوره قالوا نجم أى ظهر ثم لايدل ذلك على ان كل مايظهر يسمى نجما واما منافيا ذكرناه من اباحة شرب المثلث عمر رضى الله عنه فقد روى عن جابر بن الحصين الاسدى رحمه الله ان عمار بن ياسر رضي الله عنه أتاه بكتاب عمر رضي الله عنه يأمره أن يتخذ الشراب المثلث لاستمراء الطعام وكان عمار بن ياسر رضى الله عنه يقول لاأدع شربها بعد ما رأيت عمر رضي الله عنه يشربها ويسقيها الناس وقد كان عمر رضى الله عنه هو الذي سأل تحريم الخمر فلا يظن به انه كان يشرب أو يسقى الناس ما تناوله نص التحريم بوجه ولا يجوز أن يقال انما كان يشرب الحلو منه دون المسكر بدليل قوله قد ذهب بالطبخ نصيب الشيطان وريح جنونه وهذا لانه انما كان يشرب ذلك لاستمراء الطعام وانما يحصل هذا المقصود بالمشتد منه دون الحلو وقد دل على هذه الجملة الآثار التى بدأ محمد رحمه الله بها الكتاب فمن ذلك حديث زياد قال سقاني ابن عمر رضي الله عنه شربة ما كدت أهتدى الي منزلي فغدوت عليه من الغد فاخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وابن عمر رضي الله عنه كان معروفا بالزهد والفقه بين الصحابة رضى الله عنهم فلا يظن به انه كان يسقى غيره مالا يشربه ولا أنه كان يشرب مايتناوله نص التحريم وقد ذكرنا ان ماسقاه كان مشتدا حتى أثر فيه على وجه ماكان يهتدي الى أهله وانما قال هذا على طريق المبالغة فى بيان التأثير فيه لاحقيقة السكر فان ذلك لا يحل وفى قوله ما زدناك على عجوة وزبيب دليل على انه لا بأس بشرب القليل من المطبوخ من ماء الزبيب والتمر وان كان مشتدا وانه لا بأس بشراب الخليطين بخلاف مايقوله المتقشفة انه لا يحل شراب الخليطين وان كان حلوا لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن شراب الخليطين وتأويل ذلك عندنا ان ذلك كان فى زمان الجدب كره الاغنياء الجمع بين النعمتين وفى الحديث زيادة فانه قال وعن القران بين النعمتين وعن الجمع بين نعمتين والدليل على انه لا بأس بذلك فى غير زمان القحط حديث عائشة رضى الله عنها قالت كنت أنبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم تمرا فلم يستمرئه فأمرنى فألقيت فيه زبيبا ولما جاز اتخاذ الشراب من كل واحد منهما بانفراده جاز الجمع بينهما بمنزلة ماء السكر والفانيد

وعن ابن عمر رضي الله عنه انه سئل عن المسكر فقال الخمر ليس لها كنية وفيه دليل تحريم السكر فان مراده من هذا الجواب ان السكر فى الحرمة كالخمر وان كان اسمه غير اسم الخمر فكأنه أشار الى قوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين قال وسئل عن الفضيخ قال مراده سلك الفصوح والفضيخ الشراب المتخذ من التمر بان يفضخ التمر أى يشدخ ثم يقع فى الماء ليستخرج الماء حلاوته ثم يترك حتى يشتد وفيه دليل على أن التي من شراب التمر اذا اشتد فهو حرام سكرا كان أو فضيحا فان السكر مايسيل من التمر حين يكون رطبا وفى قوله بذلك الفصوح بيان انه يفتضح شاربه فى الدنيا والآخرة لارتكابه ما هو محرم قال وسئل عن النبيذ والزبيب يعتق شهرا أو عشرا قال الخمر اجتنبها وفى رواية اجتنبها أي هى فى الحرمة كالخمر فاجتنبها فظاهر هذا اللفظ دليل لما روى عن أبى يوسف قال لايحل ماء الزبيب ما لم يطبخ حتى يذهب منه الثلثان فان قوله الخمر اجتنبها اشارة الى ذلك أى الزبيب اذا انقع فى الماء عاد الى ما كان عليه قبل أن يتزبب فكما انه لايحل قبل أن يتزبب بالطبخ مالم يذهب منه الثلثان فكذلك الزبيب بخلاف ماء التمر ولكن فى ظاهر الرواية نبيذ التمر وماء التمر سواء اذا طبخ أدنى طبخه يحل شربه مشتدا بعد ذلك مالم يسكر منه ومراد ابن عمر رضى الله عنه تشبيه النيء منه بالخمر فى حكم الحرمة وعن معاذ بن جبل رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما وجهه الى اليمن قال انههم عن نبيذ السكر والمراد النيء من ماء التمر المشتد وقد عرف رسول الله صلى الله عليه وسلم عادة أهل اليمن في شرب ذلك فلهذا خصه بالامر بالنهى عنه وسماه نبيذ الحمرة فى لونه وعن حصين بن عبد الرحمن قال كان لابى عبيدة كرم بزبالة كان يبيعه عنبا واذا أدرك العصير باعه عصيرا وفى هذا دليل على انه لا بأس ببيع العصير والعنب مطلقا مادام حلوا كما لا بأس ببيع العنب وأخذ أبو حنيفة رحمه الله بظاهره فقال لا بأس ببيع العصير والعنب ممن يتخذه خمرا وهو قول ابراهيم رحمه الله لانه لافساد فى قصد البائع فان قصده التجارة بالتصرف فيما هو حلال لاكتساب الربح وانما المحرم قصد المشترى اتخاذ الخمر منه وهو كبيع الجارية ممن لايستبرئها أو يأتيها فى غير المأتى وكبيع الغلام ممن يصنع به مالايحل وعن الضحاك قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين معناه فهو من الظالمين المجاوزين لحدود الله تعالى قال الله تعالى ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه وفيه دليل انه لايجوز أن يبلغ بالتعزير الحد الكامل لان

الحدود ثبتت شرعا جزاء علي أفعال معلومة فتعديتها الى غير تلك الافعال يكون بالرأى ولا مدخل للرأى في الحدود لا فى اثبات أصلها ولا فى تعدية أحكامها عن مواضعها وعن ابراهيم رحمه الله قال لا بأس اذا كان للمسلم خمر ان يجعلها خلا وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقالوا تخليل الخمر جائز خلافا لما قاله الشافعى رحمه الله وهذا لان الآثار جاءت باباحة خل الخمر على ما قال عليه الصلاة والسلام خير خلكم خل خمركم وعن علي رضي الله عنه أنه كان يصطبغ الخبز بخل خمر ويأكله واذا كان بالاتفاق يحل تناول خل الخمر فالتخليل بالعلاج يكون اصلاحا للجوهر الفاسد وذلك من الحكمة فلا يكون موجبا للحرمة ويأتى بيان المسألة فى موضعه وعن محمد بن الزبير رضى الله عنه قال استشار الناس عمر رضي الله عنه فى شراب مرقق فقال رجل من النصارى انا نصنع شرابا في صومنا فقال عمر رضى الله عنه إئتنى بشئ منه قال فأتاه بشئ منه قال ماأشبه هذا بطلاء الابل كيف تصنعونه قال نطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه ويبقي ثلثه فصب عليه عمر رضى الله عنه ماء وشرب منه ثم ناوله عبادة بن الصامت رضى الله عنه وهو عن يمينه فقال عبادة ماأرى النار تحل شيأ فقال عمر يا أحمق أليس يكون خمرا ثم يصير خلا فنأكله وفى هذا دليل اباحة شرب المثلث وان كان مشتدا فان عمر رضى الله عنه استشارهم فى المشتد دون الحلو وهو مما يكون ممريا للطعام مقويا على الطاعة فى ليالي الصيام وكان عمر رضى الله عنه حسن النظر للمسلمين وكان أكثر الناس مشورة فى أمور الدين خصوصا فيما يتصل بعامة المسلمين وفيه دليل انه لا بأس باحضار بعض أهل الكتاب مجلس الشورى فان النصرانى الذى قال ما قاله قد كان حضر مجلس عمر رضى الله عنه للشورى ولم ينكر عليه وفيه دليل ان خبر النصراني لا بأس بأن يعتمد عليه فى المعاملات اذا وقع فى قلب السامع انه صادق فيه وقد استوصفه عمر رضى الله عنه فوصفه له واعتمد خبره حتى شرب منه وفيه دليل أن دلالة الاذن من حيث العرف كالتصريح بالاذن وانه لا بأس بتناول طعامهم وشرابهم فان عمر رضى الله عنه لم يستأذنه فى الشرب منه وانما كان أمره أن يأتى به لينظروا اليه ثم جوز الشرب منه بناء على الظاهر ومن يستقصى فى هذا الباب يقول تأويله انه أخذه منه جزية لبيت المال ثم شرب منه وفيه دليل أن المثلث ان كان غليظا لا بأس بان يرقق بالماء ثم يشرب منه كما فعله عمر رضي الله عنه والاصل فيه ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى العباس فى حجة الوداع فأتاه بشراب فلما قربه الى فيه قطب وجهه ثم دعا بماء فصبه

عليه ثم شربه وقال عليه الصلاة والسلام اذا رابكم شئ من هذه الاشربة فاكسروا متونها بالماء وعن عمر رضى الله انه أتى بنبيذ الزبيب فدعا بماء وصبه عليه ثم شرب وقال ان لنبيذ زبيب الطائف غراما وفى مناولته عبادة بن الصامت وكان عن يمينه دليل على أن من يكون من الجانب الايمن فهو أحق بالتقديم والاصل فيه ماروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أتى بعس من لبن فشرب بعضه وكان عن يمينه اعرابى وعن يساره أبو بكر رضى الله عنه فقال للاعرابى أنت على يمينى وهذا أبو بكر فقال الاعرابى ماأنا بالذى أوثر غيرى على سؤرك فتله رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يده وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الايمنون الايمنون ومنه قول القائل

ثلاثة يمنة تدور * الكاس والطست والبخور

ثم أشكل على عبادة رضى الله عنه فقال ماأرى النار تحل شيأ يعنى أن المشتد من هذا الشراب قبل أن يطبخ بالنار حرام فبعد الطبخ كذلك اذ النار لاتحل الحرام فقال له عمر رضى الله عنه ياأحمق أى يا قليل النظر والتأمل أليس يكون خمرا ثم يكون خلا فتأكله يعنى أن صفة الخمرية تزول بالتخليل فكذلك صفة الخمرية بالطبخ حتى يذهب منه الثلثان تزول ومعنى هذا الكلام ان النار لاتحل ولكن بالطبخ تنعدم صفة الخمرية كالذبح فى الشاة عينه لايكون محللا ولكنه منهر للدم والمحرم هو الدم المسفوح فتسييل الدم المسفوح يكون محللا لانعدام ما لاجله كان محرما وبهذا أخذنا وقلنا يجوز التخليل لانه اتلاف لصفة الخمرية واتلاف صفة الخمرية لا يكون محرما وعن ابن عباس رضى الله عنه قال كل نبيذ يفسد عند ابانه فهو نبيذ ولا بأس به وكل نبيذ يزداد جوره على طول الترك فلا خير فيه وانما أراد به النئ من ماء الزبيب أو التمر انه ما دام حلوا ولم يصر معتقا فهو بحيث يفسد عند ابانه فلا بأس بشربه واذا صار معتقا بان غلا واشتد وقذف بالزبد فهو يزداد جوره على طول الترك فلا خير فيه وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله فى الابتداء فى المطبوخ من ماء الزبيب والتمر انه اذا صار معتقا لا يحل شربه وان كان بحيث يفسد اذا ترك عشرة فلا بأس بشربه ثم رجع عن ذلك فقال قول ابن عباس رضى الله عنه فى النئ خاصة فهو النبيذ حقيقة مشتق من النبذ وهو الطرح أى ينبذ الزبيب والتمر فى الماء ليستخرج حلاوته فاما اذا طبخ فالطبخ يغيره عن حاله فلا يتناوله اسم النبيذ حقيقة وان كان قد يسمى به مجازا وعن ابن عباس رضي الله عنه قال حرمت

الخمرة لعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب وفيه دليل ان المحرم هو الاخير الذى يكون منه السكر كالؤلم اسم لما يتولد الالم منه وان الخمر حرام لعينها والقليل والكثير في الحكم سواء وفى المثلث والمطبوخ من الزبيب والتمر يفصل بين القليل والكثير فلا بأس بشرب القليل منه وانما يحرم منه مايتعقبه السكر وهو القدح الاخير قال ابن عباس رضى الله عنه الكأس المسكرة هى الحرام قال أبو يوسف رحمه الله وأما مثل ذلك دم فى ثوب فلا بأس بالصلاة فيه ان كان قليلا فاذا كثر لم تحل الصلاة فيه ومثله رجل ينفق على نفسه وأهله من كسبه فلا بأس بذلك فاذا أسرف فى النفقة لم يصلح له ذلك ولا ينبغى وكذلك النبيذ لا بأس بان يشربه على طعام ولا خير فى المسكر منه لانه اسراف فاذا جاء السكر فليدع الشرب (ألا ترى) أن اللبن وما أشبهه من الشراب حلال ولا ينبغى له ان كان يسكر أن يستكثر منه (ألا ترى) أن البنج لا بأس بان يتداوى به الانسان فاذا كاد أن يذهب عقله منه فلا ينبغى أن يفعل ذلك وفى هذا كله بيان أن المحرم هو السكر الا أن فى الخمر القليل يدعو الى الكثير كما قررنا فيحرم شرب القليل منها لانها داعية الى الكثير وذلك فى المثلث لا يوجد فانه غليظ لا يدعو قليله الى كثيره بل بالقليل يستمرئ طعامه ويتقوي على الطاعة والكثير يصدع رأسه (ألا ترى) أن الذين يعتادون شرب السكر لا يرغبون فى المثلث أصلا ولا يقال القدح الاخير مسكر بما تقدمه لان المسكر ما يتصل به السكر بمنزلة المتخم من الطعام فان تناول الطعام بقدر مايغذيه ويقوى بدنه حلال وما يتخمه وهو الاكل فوق الشبع حرام ثم المحرم منه المتخم وهو مازاد على الشبع وان كان هذا لا يكون متخما الا باعتبار ما تقدمه فكذلك فى الشراب وعن ابن مسعود رضى الله عنه ان انسانا أتاه وفى بطنه صفراء فقال وصف لى السكر فقال عبد الله ان الله تعالى لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم وبه نأخذ فنقول كل شراب محرم فلا يباح شربه للتداوى حتى روى عن محمد أن رجلا أتى يستأذنه فى شرب الخمر للتداوى قال ان كان فى بطنك صفراء فعليك بماء السكر وان كان بك رطوبة فعليك بماء العسل فهو أنفع لك ففى هذا اشارة الى انه لا تتحقق الضرورة فى الاصابة من الحرام فانه يوجد من جنسه مايكون حلالا والمقصود يحصل به وقد دل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم ان الله لم يجعل فى رجس شفاء ولم يرد به نفى الشفاء أصلا فقد يشاهد ذلك ولا يجوز أن يقع الخلف فى خبر الشرع عليه الصلاة والسلام ولكن المراد أنه لم يعين رجسا للشفاء على وجه لا يوجد من الحلال ما يعمل عمله أو يكون

أقوى منه وعن بريدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نهيتكم عن ثلاث عن زيارة القبور فزوروها فقد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه ولا تقولوا هجرا وعن لحم الاضاحي أن تمسكوه فوق ثلاثة أيام فامسكوه ما بدا لكم وتزودوا فانما نهيتكم ليتسع به موسركم على معسركم وعن النبيذ فى الدباء والحنتم والمزفت فاشربوا فى كل ظرف فان الظرف لايحل شيأ ولا يحرمه ولا تشربوا مسكرا وفى رواية ابن مسعود رضى الله عنه قال وعن الشرب فى الدباء والحنتم والنقير والمزفت فاشربوا فى الظروف ولا تشربوا مسكرا وهذا اللفظ رواه أبو بردة بن نيار أيضا وفى الحديث دليل نسخ السنة بالسنة فقد أذن فى هذه الاشياء الثلاثة بعد ما كان نهى عنها وبالاذن ينسخ حكم النهى وقيل المراد النهى عن زيارة قبور المشركين فانهم مامنعوا عن زيارة قبور المسلمين قط (ألا ترى) أنه عليه الصلاة والسلام قال قد أذن لمحمد فى زيارة قبر أمه وكانت قد ماتت مشركة وروى انه زار قبرها فى أربعمائة فارس فوقفوا بالبعد ودنا هو من قبرها فبكى حتى سمع نشيجه وقيل انما نهوا عن زيارة القبور فى الابتداء على الاطلاق لما كان من عادة أهل الجاهلية انهم كانوا يندبون الموتى عند قبورهم وربما يتكلمون بما هو كذب أو محال ولهذا قال عليه الصلاة والسلام ولا تقولوا هجرا أى لغوا من الكلام ففيه بيان أن الممنوع هو التكلم باللغو فذلك موضع ينبغى للمرء أن يتعظ به ويتأمل فى حال نفسه وهذا قائم لم ينسخ الا أنه فى الابتداء نهاهم عن زيارة القبور لتحقيق الزجر عن الهجر من الكلام ثم أذن لهم فى الزيارة بشرط أن لايقولوا هجرا ومن العلماء من يقول الاذن للرجال دون النساء والنساء يمنعن من الخروج الى المقابر لما روى أن فاطمة رضي الله عنها خرجت فى تعزية لبعض الانصار فلما رجعت قال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلك أتيت المقابر قالت لا فقال عليه الصلاة والسلام لو أتيت ما فارقت جدتك يوم القيامة أى كنت معها فى النار والاصح عندنا أن الرخصة ثابتة فى حق الرجال والنساء جميعا فقد روى أن عائشة رضى الله عنها كانت تزور قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى كل وقت وأنها لما خرجت حاجة زارت قبر أخيها عبد الرحمن رضى الله عنه وأنشدت عند القبر قول القائل

وكنا كندمانى جذيمة حقبة ... من الدهر حتى قيل لن يتصدعا
فلما تفرقنا كانى ومالكا ... لطول اجتماع لم نبت ليلة معا

والنهى عن امساك لحوم الاضاحى فوق ثلاثة أيام قد انتسخ بقوله عليه الصلاة والسلام

فاسكروا مابدا لكم وتزودوا فان القربة تنادى باراقة الدم والتدبير فى اللحم بعد ذلك من الاكل والامساك والاطعام الى صاحبه الا أنه للضيق والشدة فى الابتداء نهاهم عن الامساك على وجه النظر والشفقة ليتسع موسرهم على معسرهم ولما انعدم ذلك التضييق أذن لهم فى الامساك فأما النهى عن الشرب فى الاوانى فقد كان فى الابتداء نهاهم عن الشرب فى الاوانى المتلثمة تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ولهذا أمر بكسر الدنان وشق الروايا فلما تم انزجارهم عن ذلك أذن لهم فى الشرب فى الاوانى وبين لهم أن المحرم شرب المسكر وان الظرف لايحل شيأ ولا يحرمه وقد بينا أن المسكر مايتعقبه السكر وهو الكأس الاخير وعن ابراهيم رحمه الله قال أتى عمر رضى الله عنه باعرابى سكران معه اداوة من نبيذ مثلث فاراد عمر رضى الله عنه أن يجعل له مخرجا فأعياه الا ذهاب عقله فامر به فحبس حتى صحا ثم ضربه الحد ودعا باداوته وبها نبيذ فذاقه فقال أوه هذا فعل به هذا الفعل فصب منه فى اناء ثم صب عليه الماء فشرب وسقى أصحابه وقال اذا رابكم شرابكم فاكسروه بالماء وفيه دليل انه ينبغى للامام أن يحتال لاسقاط الحد بشبهة يظهرها كما قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات وقد كانوا يفعلون ذلك فى الحدود كلها وفى حديث الشرب على الخصوص اضعف فى سببه على ماروى عن على رضى الله عنه قال مامن أحد أقيم عليه حدا فيموت فآخذ فى نفسى من ذلك شيأ الا حد الخمر فانه يثبت بآرائنا فلهذا طلب عمر رضى الله عنه مخرجا له وفيه دليل على أن السكران يحبس حتى يصحو ثم يقام عليه الحد لان المقصود هو الزجر وذلك لايتم بالاقامة عليه فى حال سكره فانه لاختلاط عقله ربما يتوهم أن الضارب يمازحه بما يضربه والمقصود ايصال الالم اليه ولا يتم ذلك مالم يصح وتأخير اقامة الحد بعذر جائز كالمرأة اذا لزمها حد الزنا بالرجم وهى حبلى لايقام عليها حتى تضع وفيه دليل انه لابأس بشرب نبيذ الزبيب اذا كان مطبوخا وان كان مشتدا فان عمر رضي الله عنه قد شرب منه بعد ماصب عليه الماء وسقى أصحابه ثم لم يبين أن الاعرابى أذن له في الشرب من اداوته ولكن الظاهر انه شرب ذلك باذنه حتى روي انه قال أتضربني فيما شربته فقال عمر رضى الله عنه انما حددتك لسكرك فهو دليل انه اذا سكر من النبيذ الذي يجوز شرب القليل منه يلزمه الحد وعن حماد رضى الله عنه قال دخلت على ابراهيم رحمه الله وهو يتغدي فدعا بنبيذ فشرب وسقانى فرأى في الكراهة فحدثنى عن علقمة رحمه الله انه كان يدخل علي عبد الله

ابن مسعود رضى الله عنه فيتغدي عنده ويشرب عنده النبيذ يعني نبيذ الجر وقد روي أن ابن مسعود رضى الله عنه كان يعتاد شربه حتى ذكر عن أبي عبيدة انه أراهم الجر الاخضر الذي كان ينبذ فيه لابن مسعود رضى الله عنه وعن نعيم بن حماد رضى الله عنه قال كنا عند يحيي بن سعيد القطان رحمه الله وكان يحدثنا بحرمة النبيذ فجاء أبو بكر بن عياش رحمه الله فقال أسكت ياصبي حدثنا الاعمش عن ابراهيم عن علقمة رحمه الله انه شرب عبد الله بن مسعود رضي الله عنه نبيذا مشتدا صلبا وكذلك علي بن أبي طالب رضي الله عنه نبيذا مشتدا كان يعتاد شربه وقد روى عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال سقاني علي رضي الله عنه نبيذا فلما رأى ما بي من التغير بعث معي قنبرا يهديني وعن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عليا رضيَ الله عنه قال ان القوم ليجتمعون على الشراب وهو لهم حلال فلا يزالون يشربون حتى يحرم عليهم يعني اذا بلغوا حد السكر وكذلك عمر رضي الله عنه كان يشرب المثلث ويأمر باتخاذه للناس حتى روى عن داود بن أبي هند قال قلت لسعيد بن المسيب الطلاء الذى يأمر عمر رضى الله عنه باتخاذه للناس ويسقيهم منه كيف كان قال كان يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه ويبقي ثلثه والمراد انه كان يسقيهم بعد مايشتد لما ذكر عن عمر رضى الله عنه قال انا نحر جزورا للمسلمين والعنق منها لآل عمر ثم يشرب عليه من هذا النبيذ فيقطعه فى بطوننا ولكثرة ماروى من الآثار في اباحة شرب المثلث ذكر أبو حنيفة رحمه الله فيما عد من خصال مذهب أهل السنة وان لايحرم نبيذ الجر وعن بعض السلف قال لان أخر من السماء فانقطع نصفين أحب الىّ من أن أحرم نبيذ الجر وانما قال ذلك لما فى التحريم من رد الآثار المشهورة واساءة القول فى الكبار من الصحابة رضي الله عنهم وذلك لا يحل فاما مع الاباحة فقد لا يعجب المرء الاصابة من بعض المباحات للاحتياط أو لانه لا يوافق طبعه وهذه الرخصة ثبت بعد التحريم فقد كانوا فى الابتداء نهوا عن ذلك كله لتحقيق الزجر هكذا روى عن ابن مسعود رضى الله عنه قال شهدت تحريمه كما شهدتم ثم شهدت تحليله فحفظت ذلك ونسيتم فبهذا تبين أن ماروى من الآثار فى حرمته قد انتسخ بالرخصة فيه بعد الحرمة وعن ابراهيم رحمه الله قال انما كره التمر والزبيب لشدة العيش فى ذلك الزمان كما كره اللحم والتمر وكما كره أن يقرن الرجل بين التمرتين فاما اليوم فلا بأس به وهذا منه بيان تأويل النهى عن شراب الخليطين وانه لا بأس به اليوم وعن ابراهيم قال قول الناس ما أسكر كثيره

فدليله حرام خطأ منهم انما أراد السكر حرام فأخطؤا وسنبين تأويل هذا اللفظ بعد هذا وعن على بن الحسين رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم غزا غزوة تبوك فمر بقوم يزفنون فقال ماهؤلاء فقيل أصابوا من شراب لهم فنهاهم أن يشربوا فى الدباء والحنتم والمزفت فلما مر بهم راجعا من غزاتهم شكوا اليه ما لقوا من التخمة فأذن لهم أن يشربوا منها ونهاهم عن المسكر وفيه دليل ان الرخصة كانت بعد النهى وانه عليه الصلاة والسلام نهاهم فى الابتداء لتحقق الزجر عن شرب المسكر ثم أذن لهم فى شرب القليل منه بعد أن لا يجاوزوا حد المسكر والزبيب المنقع اذا لم يطبخ فلا بأس بشربه مالم يغل فاذا غلا واشتد فلا خير فيه والكلام هنا فى فصول أحدها فى الخمر وقد بيناه وانما بقى الكلام فيه فى فصل واحد وهو ان عند أبى حنيفة العصير وان اشتد فلا بأس بشربه مالم يغل ويقذف بالزبد فاذا غلا وقذف بالزبد فهو خمر حينئذ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اشتد فهو خمر لان صفة الخمرية فيه لكونه مسكرا مخامرا للعقل وذلك باعتبار صفة الشدة فيه يوضحه ان حرمة الخمر لما فى شربها من ايقاع العداوة والصد عن ذكر الله تعالى وذلك باعتبار اللذة المطربة والقوة المسكرة فيها فأما بالغليان والقذف بالزبد فيرق ويصفو ولا تأثير لذلك فى احداث السكر فبعد ماصار مشتدا فهو خمر سواء غلا وقذف بالزبد أو لم يغل يوضحه انه قد يحتال بالقاء شئ عليه ويحتال للمنع من الغليان حتى لا يكون له غليان ولا قذف بالزبد أصلا ولكنه لابد من أن يشتد ليكون مسكرا فعرفنا ان المعتبر فيه الشدة ولابى حنيفة رحمه الله ان السكر صفة العصير وهو أصل لما يعصر من العنب وما بقى أثر من آثار الاصل فالحكم له (ألا ترى) ان مع بقاء واحد من أصحاب الخطة فى المحلة لا يعتبر السكان ثم حكم الصحة والحد لا يمكن اثباته بالرأى ولكن طريق معرفته النص والنص انما ورد بتحريم الخمر والخمر مغاير للعصير ولا تتم المغايرة مع بقاء شئ من آثار العصير وقد كان الحل ثابتا فيه وما عرف ثبوته بيقين لا يزال الا بيقين مثله وذلك بعد الغليان والقذف بالزبد والاصل فى الحدود اعتبار نهاية الكمال فى سببها كحد الزنا والسرقة لا يجب الا بعد كمال الفعل اسما وصورة ومعنى من كل وجه لما فى النقصان من شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات فلهذا استقصى أبو حنيفة رحمه الله وقال لا تتوفر أحكام الخمر على العصير بمجرد الشدة الا بعد الغليان والقذف بالزبد فاما نبيذ التمر ونبيذ الزبيب فان لم يطبخ حتى غلا واشتد وقذف

بالزبدفهو حرام لما روينا من الآثار فيه وبعد الطبخ يحل شربه وان اشتد واتفقت الروايات في التمر ان المعتبر فيه أدنى الطبخ وهو ان ينضج وفي الزبيب المتق كذلك وهو أن يكسر بشيء ثم تستخرج حلاوته بالماء كما في التمر وأما اذا نقع في الماء فقد روى عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله انه يعتبر فيه الطبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه كما في العصير والوجه فيه ماحكى عن السلف رحمهم الله ان مايكون منه العصير ابتداء اذا أعيد الى ما كان عليه في الابتداء فحكم مايعصر منه حكم العصير ومالا يكون منه العصير في الابتداء لايثبت فيه حكم العصير في الانتهاء فما يسيل من الرطب في الابتداء يحل بادنى الطبخ فكذلك في الانتهاء وما يسيل من العنب في الابتداء لايحل مالم يذهب بالطبخ ثلثاه فكذلك في الانتهاء فاما في ظاهر المذهب فالزبيب والتمر سواء واذا طبخ أدنى طبخه فانه يحل شرب القليل منه وان اشتد لان العصير الذي كان في العنب قد ذهب حين زبب والزبيب عين آخر سوى العنب (ألا ترى) ان غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق المغصوب منه في الاسترداد فاذا تعتبر حاله على هذه الصفة وعلى هذه الصفة هو والتمر سواء في الحكم ثم النيء من نبيذ التمر والزبيب وان كان لايحل شربه فهو ليس نظير الخمر في الحكم حتى يجوز بيعه في قول أبي حنيفة رحمه الله وعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لايجوز بيعه ولا يجب الحد بالشرب منه مالم يسكر واذا أصاب الثوب منه أكثر من قدر الدرهم تجوز الصلاة فيه وكذلك المنصف وهو الذي ذهب بالطبخ نصفه اذا غلا واشتد لا يحل شربه ولكن يجوز بيعه عند أبي حنيفة ولا يجب الحد على من شرب منه ما لم يسكر وتجوز الصلاة فيه اذا أصاب الثوب منه مالم يكن كثيرا فاحشا وفي البادق وهو ماطبخ أدنى طبخه وكان دون النصف فاظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله انه بمنزلة المنصف في حكم البيع والحد وعنه في رواية أخرى انه ألحق بالخمر في انه لايجوز بيعه وأما حكم النجاسة فيه فلانه مختلف بين العلماء رحمهم الله في حرمته ويتحقق فيه معنى البلوى أيضا وباعتبار هذين المعنيين يخف حكم النجاسة كما في بول مايؤكل لحمه وأما في حكم الحد فلان العلماء رحمهم الله لما اختلفوا في حرمته فالاختلاف المعتبر يورث شبهة والحد مماندرئ بالشبهات وأما حكم البيع فهما يقولان ان عينه محرمة التناول فلا يجوز بيعه كالخمر وهذا لان البيع باعتبار صفة المالية والتقوم باعتبار كونه منتفعا به شرعا ولامنفعة في هذا المشروب سوى الشرب واذا كان محرم الشرب شرعا كان فاسدا لماليته والتقوم شرعا فلا يجوز بيعه كالخمر ولان صاحب الشرع صلى الله عليه

وسلم سوى فى الخمر بين البيع والشرب حين لعن بائعها ومشتريها كما لعن شاربها وهذا لان البيع يكون تسليطا للمشترى على الشرب عادة فاذا كان الشرب حراما حرم البيع أيضا وهذا المعنى موجود فى هذه الاشربة وأبو حنيفة رحمه الله يقول هذا شراب مختلف فى اباحة شربه بين العلماء رحمهم الله فيجوز بيعه كالمثلث وهذا لانه ليس من ضرورة حرمة التناول حرمة البيع فان الدهن النجس لايحل تناوله ويجوز بيعه وكذلك بيع السرقين جائز وان كان تناوله حراما والسرقين محرم العين ومع ذلك كان بيعه جائزا فكذلك المصف وما أشبهه وبطلان بيع الخمر عرفناه بالنص الوارد فيه وما عرف بالنص لايلحق به الا مايكون فى معناه من كل وجه وهذه الاشربة ليست فى معنى الخمر من كل وجه بدليل حكم الحد وحكم النجاسة فجاز بيعها باعتبار الاصل فاما المثلث على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله فلابأس بشربه والمسكر منه حرام وهو رواية عن محمد رحمه الله أيضا وعنه انه كره شربه وعنه انه حرم شربه وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله احتجوا فى ذلك بما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال كل مسكر حرام وفى رواية قال ماأسكر كثيره فقليله حرام وفى رواية ماأسكرت الجرعة منه فالجرعة منه حرام وفى رواية فمل‌ء الكف منه حرام ولان المثلث بعد ما اشتد خمر لان الخمر انما يسمى بهذا الاسم لالكونه ماء (ألا ترى) أن العصير الحلو لايسمى خمرا وانما تسميته بالخمر لمعنى مخامرته العقل وذلك موجود فى سائر الاشربة المسكرة وقد جاء عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال كل مسكر خمر ولو سماه أحد من أهل اللغة خمرا لكان مستدلا بقوله على اثبات هذا الاسم له فاذا سماه صاحب الشرع عليه الصلاة والسلام به وهو أفصح العرب أولى يوضحه ان الكثير من هذه الاشربة مساو للكثير من الخمر فى حكم الحرمة ووجوب الحد فكذلك القليل وبهذا تبين أن القليل فى الحرمة كالكثير لان شرب القليل منه لو كان مباحا لما وجب الحد وان سكر منه لان السكر انما حصل بشرب الحلال والحرام جميعا فباعتبار جانب الحلال يمنع وجوب الحد عليه واذا اجتمع الموجب للحد والمسقط له ترجح المسقط على الموجب وأبو حنيفة وأبو يوسف استدلا بما روينا من الآثار عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن الصحابة رضى الله عنهم وأقوى مايستدل به قول الرسول عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب وبهذا تبين أن اسم الخمر لايتناول سائر الاشربة حقيقة لان عطف الشيء على نفسه لايليق بحكمة الحكيم

وقد بينا انه كان يسمى خمرا لمعنى مخامرة العقل بطريق المجاز والمجاز لا يعارض الحقيقة وما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر لا يكاد يصح فقد قال يحيى بن معين رحمه الله ثلاث لا يصح فيهن حديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكر فى جملتها كل مسكر خمر ثم مراد النبي عليه الصلاة والسلام تشبيه المسكر بالخمر فى حكم خاص وهو الحد فقد بعث مبينا للاحكام دون الاسامى ونحن نقول ان المسكر وهو القدح الاخير مشبه للخمر فى أنه يجب الحد بشربه وعن أبى مسعود الانصارى رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم استسقى يوم النحر عام حجة الوداع فاتى بنبيذ من السقاية فلما قربه الى فيه قطب وجهه ورده قال العباس رضي الله عنه أحرام هذا يارسول الله فاخذه النبي صلى الله عليه وسلم ودعا بماء وصب عليه ثم شرب وقال انه اذا استلبث عليكم شئ من الاشربة فاكسروا متونها بالماء فقد كان مشتدا ولهذا قطب وجهه ورده ثم لما خاف أن يظن الناس انه حرام أخذه وشربه فدل أن المشتد من المثلث لا بأس بشربه ولا يقال انما قطب وجهه لحموضته لان شرب السقاية انما كان يتخذ لشرب الحاج ولا يسقى الخل العطشان فعرفنا انه قطب وجهه للشدة والمعنى فيه أن الخمر موعود للمؤمنين فى الآخرة قال الله تعالى وأنهار من خمر لذة للشاربين فينبغى أن يكون من جنسه فى الدنيا مباحا يعمل عمله ليعلم بالاصابة منه تلك اللذة فيتم الترغيب فيه وما هو مباح فى الدنيا يصير كالانموذج لما هو موعود فى دار الآخرة (ألا ترى) انه لما وعد الله المؤمنين الشرب فى الكأس فى الذهب والفضة فى الآخرة أحل من جنسه فى الدنيا وهو الشرب من الكأس المتخذ من الزجاج والبلور وغير ذلك لهذا المعنى ولهذا لما وعد المؤمنين الحلية فى الآخرة أحل لهم ماهو من جنس ذلك فى ذلك . ونقرر هذا الحرف من وجه آخر فنقول ان الشرع حرم الخمر ولا شك ان هذه الحرمة لمعنى الابتلاء وانما يتحقق معنى الابتلاء بعد العلم بتلك اللذة ليكون فى الامتناع منه عملا بخلاف هوى النفس وتعاطيها للامر وحقيقة تلك اللذة لا تصير معلومة بالوصف بل بالذوق والاصابة فلا بد من أن يكون من جنس ذلك ما هو حلال لتصير تلك اللذة به معلومة بالتجربة فيتحقق معنى الابتلاء فى تحريم الخمر يعتبر هذا بسائر المحرمات كالزنا وغيره الا أن فى الخمر القليل والكثير منه حرام لان قليله يدعو الى كثيره فأما هذه الاشربة ففيها من الغلظ والكثافة مالا يدعو قليلها الى كثيرها فكان القليل منها مباحا مع وصف الشدة والمسكر منها حرام وقد بينا أن

المسكر هو الكاس الاخير وانه مباين فى الحكم لما ليس بمسكر منه وهو كمن شرب أقداحا من ماء ثم شرب قدحا من الخمر فالمحرم عليه هو الخمر وبها يلزمه الحد دون ماسبق من الاقداح فهذا مثله فان كان يسكر بشرب الكثير منه فذلك لايدل على انه يحرم تناول القليل منه كالبنج ولبن الفرس وأما الحديث فنحن نقول به وكل مسكر عندنا حرام وذلك القدح الاخير وروى عن أبي يوسف انه قال في تأويله اذا كان يشرب على قصد السكر فان القليل والكثير على هذا القصد حرام فاما اذا كان يشرب لاستمراء الطعام فلا فهو نظير المشى على قصد الزنا يكون حراما وعلى قصد الطاعة يكون طاعة وكذلك قوله عليه الصلاة والسلام ما أسكر كثيره فقليله حرام هو على ماقال رسول الله صلى الله عليه وسلم والقدح الاخير الذى هو مسكر قليله وكثيره حرام ثم هذا عند التحقق دليلنا فبهذا يتبين ان ماهو الكثير منه يكون مسكرا فالمحرم عليه قليل من ذلك الكثير وانما يكون ذلك اذا جعلنا المحرم هو القدح الاخير فاما اذا جعلنا الكل محرما فلا يكون المحرم قليلا من ذلك الكثير كما اقتضاه ظاهر الحديث ثم قد بينا أن هذا كان في الابتداء لتحقيق الزجر ثم جاءت الرخصة بعد ذلك فى شرب القليل منه ومهما أمكن الجمع بين الآثار فذلك أولى من الاخذ ببعضها والاعراض عن بعضها ولا بأس بنبيذ التمر والبسر جميعا أو أحدهما وحده اذا طبخ لان البسر من نوع التمر فانه يابس العصب وقد بينا ان المطبوخ من نبيذ التمر شربه حلال والمسكر منه حرام وكذلك التمر والزبيب أو البسر والزبيب وهو شراب الخليطين وقد بينا الكلام فيه وبعد ماطبخ معتقه وغير معتقه سواء فى اباحة الشرب يعنى المشتد منه وغير المشتد منه والمحرم المسكر منه وذلك بغير المشتد لا يحصل ولو حصل كان محرما أيضا بمنزلة الاكل فوق الشبع ولا بأس بهذه الانبذة كلها من العسل والذرة والحنطة والشعير والزبيب والتمر وكل شئ من ذلك أو غيره من النبيذ عتق أولم يعتق خلط بعضها ببعض أولم يخلط بعد أن يطبخ أما الكلام فى نبيذ التمر والزبيب فقد بيناه وأما فى سائر الانبذة ففى ظاهر الجواب لا بأس بالشرب منه مطبوخا كان أو غير مطبوخ وفى النوادر روى هشام عن محمد رحمهما الله ان شرب النئ منه بعد مااشتد لايحل لقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من خمسة من النخل والكرم والحنطة والشعير والذرة وليس المراد به انه خمر حقيقة وانما المراد التشبيه بالخمر فى انه لايحل شربه وقد ثبت بالدليل ان النئ من نقيع الزبيب والتمر اذا كان مشتدا لايحل شربه فكذلك من سائر الاشربة لان

معنى الشدة يجمع الكل وجه ظاهر الرواية ان العسل والذرة والشعير حلال التناول متغيرا كان أو غير متغير فكذلك ما يتخذ منها من الاشربة لان هـذا فى معنى الطعام والتغير فى الطعام لا يؤثر فى الحرمة فكذلك نفس الشدة لا توجب الحرمة فقد يوجـد ذلك فى بعض الادوية كالبنج وفى بعض الاشربة كاللبن والحديث فيه شاذ والشاذ فيما تعم به البلوي لا يكون مقبـولا وهو محمول على التحريم الذى كان قبل الرخصة لتحقق المبالغة فى الزجر ولا حد على شارب ما يتخذ من العسل والحنطة والشعير والذرة وكذلك ما يتخذ من الفانيد والتوت والكمثرى وغير ذلك أسكر أو لم يسكر لان النص ورد بالحد فى الخمر وهذا ليس فى معناه فلو أوجبنا فيـه الحد كان بطريق القياس ثم الحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه ودعاء الطبع الى هذه الاشربة لا يكون كدعاء الطبع الى المتخذ من الزبيب والعنب والتمر فلا يشرع فيه الزجر أيضا وان اشتد عصير العنب وغلا وقذف بالزبد ثم طبخ بعد ذلك لم يحل بالطبخ لان الطبخ لاقى عينا حراما فلا يفيد الحل فيه كطبخ لحم الخنزير وهذا لانه ليس للنار تأثير فى الحل ولا في تغيير طبع الجوهر بخلاف العصير الحلو اذا طبخ فالطبخ هنالك حصل فى عين حلال وللطبخ تأثير فى منع ثبوت صفة الحرمة فيه كما بينا أن الخمر هى التى من ماء العنب اذا اشتد فاذا طبخ العصير ثم اشتد فهو حين اشتد ما كان نيأ فلا يكون خمرا فاما الاول فحين اشتد كان نيأ وصار خمرا ثم الطبخ فى الخمر لا يوجب تبديل عينه ولهذا يحد من شرب منه قليلا كان أو كثيرا ولا بأس بنبيذ الفضيخ يعنى اذا صب عليه الماء ثم طبخ وترك حتى اشتد فهذا لا بأس به لان الطبخ لاقى عينا حلالا ولانه ان رق فرقته باعتبار ما فيه من أجزاء الماء والماء حلال الشرب وحده والفضيخ كذلك فكذلك بعد الجمع بينهما قلت فهل يرخص فى شئ من المطبوخ على النصف أو أقل من ذلك وهو حلو قال لا أرخص فى شئ من ذلك الا ما قد ذهب ثلثاه وبقى ثلثه قيل هذا غلط والصحيح وهو غير حلو فالحلو حلال وان كان نيأ كيف لا يحل بعد الطبخ وقيل المراد به انه طبخ وهو حلو لم يتغير حين ذهب منه النصف أو أقل ثم ترك حتى اشتد فهذا هو المنصف والقاذف وقد بينا الكلام فيهما فى حكم الشراء والبيع واذا وقعت قطرة من خمر أو مسكر أو نقيع زبيب قد اشتد فى قدح من ماء أمرت باراقته وكرهت شربه والتوضؤ به لانه تنجس بما وقع فيه والتوضؤ بالماء النجس لا يجوز واذا شربه فلابد أن يكون شاربا للقطرة الواقعة فيه وذلك حرام ولانه اجتمع فيه المعني الموجب للحل

والموجب للحرمة فيغلب الموجب للحرمة على الموجب للحل فان شرب رجل ماء فيه خمر فان كان الماء غالبا بحيث لا يوجد فيه طعم الخمر ولا ريحه ولا لونه لم يحد لان المغلوب مستهلك بالغالب والغالب ماء نجس ولان الحد للزجر والطباع السليمة لا تدعو الى شرب مثله على قصد التلهى فاما اذا كان الخمر غالبا حتى كان يوجد فيه طعمه وريحه وتبين لونه حددته لان الحكم للغالب والغالب هو الخمر ولان الطباع تميل الى شرب مثله للتلهى وقد يؤثر المرء الممزوج على الصرف وقد يشرب بنفسه صرفا ويمزج لجلسائه وهو وان مزجه بالماء لم يخرج من أن يكون خمرا اسما وحكما ومقصودا ولو لم يجد فيه ريحها ووجد طعمها حد لان الرغبة فى شربها لطعمها لا لريحها (ألا ترى) انه يتكلف لاذهاب ريحها ولزيادة القوة فى طعمها ولو ملأ فاه خمرا ثم مجه ولم يدخل جوفه منها شئ فلا حد عليه لانه ذاق الخمر وما شرب (ألا ترى) انه لا يحنث فى اليمين المعقودة على الشرب بهذه وان الصائم لو فعله مع ذكره للصوم لا يفسد صومه وكذلك الطبع لا يميل الى هذا الفعل فلا يشرع فيه الزجر بخلاف شرب القليل فانه من جنس الشرب والطبع مائل الى شرب الخمر قلت والتمر المطبوخ يعرس فيه العنب فيغليان جميعا والعنب غير مطبوخ قال أكره ذلك وأنهى عنه ولا أحد من شرب منه الا أن يسكر والكلام فى فصلين أحدهما فى طبخ العنب قبل أن يعصر فان الحسن روى عن أبى حنيفة رحمهما الله أنه بمنزلة الزبيب والتمر يكفى أدنى الطبخ فيه ولكن الحسن ابن أبى مالك رحمه الله أنكر هذه الرواية وقال سمعت أبا يوسف عن أبى حنيفة يقول انه لا يحل مالم يذهب ثلثا مافيه بالطبخ وهو الاصح لان الذي فى العنب هو العصير والعصر مميز له عن الثفل والقشر وكما لا يحل العصير بالطبخ مالم يذهب منه ثلثاه فكذلك العنب فان جمع فى الطبخ بين العنب والتمر أو بين الزبيب والتمر لا يحل مالم يذهب بالطبخ ثلثاه بخلاف ما لو خلط عصير العنب بنقيع التمر والزبيب وهذا لان العصير لا يحل بالطبخ مالم يذهب ثلثاه اذا كان وحده فكذلك اذا كان مع غيره لانه اجتمع فيه الموجب للحل والحرمة وفى مثله يغلب الموجب للحرمة احتياطا وذكر المعلى فى نوادره أن نقيع التمر والزبيب اذا طبخ أدنى طبخه ثم نقع فيه تمر أو زبيب فان كان مانقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فهو معتبر ولا بأس بشربه وان كان يتخذ النبيذ من مثله لم يحل شربه ما لم يطبخ قبل أن يشتد لانه فى معنى نقيع مطبوخ ولو صب فى المطبوخ قدح من نقيع لم يحل شربه اذا اشتد ويغلب الموجب للحرمة

على الموجب للحل فهذا مثله ولا يحد فى شرب شئ من ذلك مالم يسكر اما لاختلاف العلماء رحمهم الله فى اباحة شربه أولان ثبوت الحرمة للاحتياط وفى الحدود يحتال للدرء وللاسقاط فلا يجب به الحد ما لم يسكر وان خاط الخمر بالنبيذ وشربه رجل ولم يسكر فان كانت الخمر هى الغالبة حددته وان كان النبيذ هو الغالب لم نحده لما بينا أن المغلوب يصير مستهلكا بالغالب ويكون الحكم للغالب وهذا فى الجنسين يجمع عليه والنبيذ والخمر جنسان مختلفان فان أحكامهما مختلفة فان طبخ الزبيب وحده أو التمر ثم مرس العنب فيه فلا بأس به مادام حلوا فاذا اشتد فلا خير فيه وكذلك ان مرس العنب فى نبيذ العسل فهو بمنزلة عصير خلط بنبيذ واشتد فان طبخا جميعا حتى ذهب ثلثا العصير ثم اشتد فلا بأس به لان ماهو الشرط فى العصير وهو ذهاب الثلثين بالطبخ قد وجد والعنب الابيض والاسود يعصران لا بأس بعصيرهما مادام حلوا فاذا اشتد فهو خمر وانما أورد هذا لانه وقع عند بعض العوام أن الخمر من العنب الاسود دون الابيض هدا وان كان لا يشكل على الفقهاء فلرد ما وقع عند العوام كما ذكر فى الاصطياد بالكلب الكردى فى كتاب الصيد وقد بيناه وما طبخ من التمر والزبيب وعتق فلا بأس به وقال أبو يوسف رحمه الله أكره المعتق من الزبيب والتمر وأنهى عنه وهذا قوله الاول على ما بينا انه كان يقول أولا كل نبيذ يزداد جودة عند ابانه فلا خير فيه وقد رجع عن هذا الى قول أبى حنيفة وقد ذكر رجوعه فى روايات أبى حفص رحمه الله وكذلك نبيذ التمر المعتق يجعل فيه الرازى وهو شئ يجعلونه فى نبيذ التمر عند الطبخ لتقوى به شدته وينتقص من النفخ الذى هو فيه والشدة بعد الطبخ لا تمنع شربه فكذلك اذا جعل فيه ماتقوى به الشدة فذلك يمنع شربه ويكره شرب دردى الخمر والانتفاع به لان الدردى من كل شئ بمنزلة صافيه والانتفاع بالخمر حرام فكذلك بدرديه وهذا لان فى الدردى اجزاء الخمر ولو وقعت قطرة من خمر فى ماء لم يجز شربه والانتفاع به فالدردى أولى والذى روى أن سمرة ابن جندب رضى الله عنه كان يتدلك بدردى الخمر فى الحمام فقد أنكر عليه عمر رضى الله عنه ذلك حتى لعنه على المنبر لما بلغه ذلك عنه وليس لاحد أن يأخذ بذلك بعد ما أنكره عمر رضى الله عنه ولو شرب منه ولم يسكر فلا حد عليه عندنا وقال الشافعى رحمه الله يلزمه الحد لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفى الدردى قطرات من الخمر ولكنا نقول وجوب الحد للزجر وانما يشرع الزجر فيما تميل اليه الطباع السليمة والطباع لا تميل الى شرب الدردى بل من

يعتاد شرب الخمر يعاف الدردى فيكون شربه كشرب الدم والبول ثم الغالب على الدردى
اجزاء ثفل العنب من القشر وغيره ولو كان الغالب هو الماء لم يجب الحد بشربه كما بينا فكذلك
اذا كان الغالب ثفل العنب ولا بأس بان يجعل ذلك فى خل لانه يصير خلا فان من طبع
الخمر يصير خلا اذا ترك كذلك فاذا غلب عليه الخل أولى أن يصير خلا وخل الخمر حلال
واذا طبخ فى الخمر ريحان يقال له سوسن حتى يأخذ ريحها ثم يباع لا يحل لاحد أن يدهن
أو يتطيب به لانه عين الخمر وان تكلموا لاذهاب رائحته برائحة شئ آخر غلب عليها والانتفاع
بالخمر حرام قد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر عشرا بقوله عليه الصلاة والسلام
لعن الله فى الخمر عشرا وقال فى الجملة من ينتفع بها ولا تمتشط المرأة بالخمر في الحمام لانها فى
خطاب تحريم الشرب كالرجل وكذلك فى وجوب الحد عليها عند الشرب فكذلك فى الانتفاع
بها من حيث الامتشاط وذلك شئ يصنعه بعض النساء لانه يزيد فى ترنيق الشعر وقد صح
عن عائشة رضي الله عنها انها كانت تنهى النساء عن ذلك أشد النهى وكذلك لا يحل أن يسقي
الصبيان الخمر للدواء وغير ذلك والاثم على من يسقيهم لان الاثم ينبنى على الخطاب والصبي
غير مخاطب ولكن من يسقيه مخاطب فهو الآثم والاصل فيه حديث ابن مسعود رضى
الله عنه قال ان أولادكم ولدوا على الفطرة فلا تداووهم بالخمر ولا تغذوهم بها فان الله تعالى
لم يجعل فى رجس شفاء وانما الاثم على من سقاهم ويكره للرجل أن يداوي بها جرحا فى
بدنه أو يداوى بها دابته لانه نوع انتفاع بالخمر والانتفاع بالخمر محرم شرعا من كل وجه
ثم الضرورة لا تتحقق لما بينا انه لا بد أن يوجد غير ذلك من الحلال مايعمل عمله فى المداواة
وان غسل الظرف الذى كان فيه الخمر فلا بأس بالانتفاع به ولا بأس أن يجعل فيه النبيذ
والمربى لان الظرف كان تنجس بما جعل فيه من الخمر فهو كما لو تنجس بجعل البول والدم
فيه فيطهر بالغسل واذا صار طاهرا بالغسل حل الانتفاع به والدليل على انه يطهر بالغسل
قوله عليه الصلاة والسلام انما يغسل الثوب من خمس وذكر فيها الخمر فعرفنا انه يطهر
الثوب بعد مايصيبه الخمر بالغسل فكذلك الظروف والذى روي أن النبي عليه الصلاة
والسلام أمر بكسر الدنان وشق الروايا قد بينا انه كان فى الابتداء للمبالغة فى الزجر عن
العادة المألوفة ثم قيل فى تأويله المراد ما يشرب فيه الخمر حتى لا يمكن استخراجه بالغسل
وتوجد رائحة الخمر من كل ما يجعل فيه فأما اذا لم يكن بهذه الصفة فهو يطهر بالغسل فلا

يحل كثيره لانه عين منتفع به بطريق حلال شرعا قلت فالخمر يطرح فيها السمك والملح فيصنع مربى قل لا بأس بذلك اذا تحولت عن حال الخمر وأصل المسئلة أن تخليل الخمر بالعلاج جائز عندنا ويحل تناول الخل بعد التخليل وعند الشافعى التخليل حرام بالقاء شئ فى الخمر من ملح أو خل ولا يحل ذلك الخل قولا واحدا والتخليل من غير القاء شئ فيه بالنقل من الظل الى الشمس أو ايقاد النار بالقرب منه لايحل عنده أيضا ولكن اذا تخلل فله قولان فى اباحة تناول ذلك الخل واحتج فى ذلك بما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تخليل الخمر وفى رواية نهى أن تتخذ الخمر خلا وفى حديث أبى طلحة رضى الله عنه انه كان في حجره خمور ليتامى فلما نزل تحريم الخمر قال ماذا أصنع بها يارسول الله قال عليه الصلاة والسلام أرقها قال أفلا أخللها قل عليه الصلاة والسلام لا فقد أمره بالاراقة ولو كان التخلل جائزا لارشده الى ذلك لما فيه من الاصلاح فى حق اليتامى فلما سأله عن التخلل نهاه عن ذلك فلو كان جائزا لكان الاولى أن يرخص فيه فى خمور اليتامى واذا ثبت بهذه الاخبار ان التخليل حرام فالفعل المحرم شرعا لا يكون مؤثرا فى الحل كذبح الشاة فى غير مذبحها ولان الخمر عين محرم الانتفاع بها من كل وجه والتخليل تصرف فيها على قصد التمول فيكون حراما كالبيع والشراء وكما لو ألقى فى الخمر شيأ حلوا كالسكر والفانيد حتى صار حلوا وهذا لان نجاسة العين توجب الاجتناب وفى التخليل اقتراب منه وذلك ضد المأمور به نصا فى قوله عز وجل فاجتنبوه بخلاف الخمر للارقة فانه مبالغة فى الاجتناب عنه ثم ما يلقى فى الخمر نجس بملاقاة الخمر اياه وما يكون نجسا فى نفسه لا يفيد الطهارة فى غيره وعلى هذا الحرف تفصيل بين ما اذا ألقي فيه شئ وبين ما اذا لم يجعل فيه شئ وهذا بخلاف ما اذا تخلل بنفسه لانه لم يوجد هنالك تنجيس شئ بالقائه فيه ولا مباشرة فعل حرام فى الخمر فهو نظير الصيد اذا خرج من الحرم بنفسه حل اصطياده ولو أخرجه انسان لم يحل ووجب رده الى الحرم ومن قتل مورثه يحرم عن الميراث بمباشرته فعلا حراما بخلاف ما اذا مات بنفسه وحقيقة المعني فيه ان من طبع الخمر ان يتخلل بمضى الزمان فاذا تخللت فقد تحولت بطبعها وصارت فى حكم شئ آخر فأما التخليل فليس بتقليب للعين لانه ليس للعباد تقليب الطباع وانما الذى اليهم احداث المجاورة بين الاشياء فيكون هذا تنجيسا لما يلقى فى الخمر لا تقليبا لطبع الخمر وهو نظير الشاب يصير شيخا بمضى الزمان وبتكليفه لا يصير شيخا فاذا لم يتبدل طبعه

بهذا التخليل بقي صفة الخمرية فيه وان كان لم يظهر كما اذا ألقي فيه شيأ من الحلاوة وهذا بخلاف جلد الميتة اذا دبغ فان نجاسة الجلد بما اتصل به من الدسومات النجسة والدبغ ازالة لتلك الدسومة والى العباد الفصل والتمييز بين الاشياء فكان فعله اصلاحا من حيث انه يميز به الطاهر من النجس وأما نجاسة الخمر فلعينها لا لغير اتصل بها وانما تنعدم هذه الصفة بتحولها بطبعها ولا أثر للتخليل في ذلك * وحجتنا في ذلك ما روى أن النبي عليه الصلاة والسلام قال أيما اهاب دبغ فقد طهر كالخمر يخال فيحل ولا يقال قد روى كالخمر تخال تخل لان الروايتين كالخبرين فيعمل بهما ثم ما رويناه أقرب الى الصحة لانه شبه دبغ الجلد به والدبغ يكون بصنع العباد لا بطبعه فعرفنا ان المراد التخليل الذي يكون بصنع العباد والمعنى فيه ان هذا صلاح لجوهر فاسد فيكون من الحكمة والشرع أن لا ينهى عما هو حكمة وبيان الوصف أن الخمر جوهر فاسد فاصلاحه بازالة صفة الخمرية عنه والتخليل ازالة لصفة الخمرية فعرفنا انه اصلاح له وهو كدبغ الجلد فان عين الجلد نجس ولهذا لا يجوز بيعه ولو كانت النجاسة بما اتصل به من الدسومات لجوز بيعه كالدسومات النجسة ولكن الدبغ اصلاح له من حيث انه يعصمه عن النتن والفساد فكان جائزا شرعا ولا معنى لما قال ان هذا افساد في الحال لما يلقى فيه لان هذا موجود في دبغ الجلد فانه افساد لما يجعل فيه من الشب والقرظ وهذا اصلاح باعتبار مآله والعبرة للمآل لا للحال فان القاء البذر في الارض يكون اتلافا للبذر في الحال ولكنه اصلاح باعتبار مآله وبهذا يتبين أن التخليل ليس بتصرف في الخمر على قصد تمول الخمر بل هو اتلاف لصفة الخمرية وبين تمول الخمر واتلاف صفة الخمرية منافاة فاذا كان الاقتراب من العين لاتلاف صفة الخمرية الا نظير الاقتراب منها لاراقة العين وذلك جائز شرعا ونحن نسلم أن تقليب الطباع ليس الي العباد وانما اليهم احداث المجاورة ولكن احداث المجاورة بين الخل والخمر بهذه الصفة يقوى على اتلاف صفة الخمرية بتحولها الى طبع الخل في أسرع الاوقات فكان هذا أقرب الى الجواز من الامساك واذا جاز الامساك الى أن يتخلل فالتخليل أولى بالجواز وأما اذا ألقى فيه شيأ من الحلاوة فذلك ليس باتلاف لصفة الخمرية لانه ليس من طبع الخمر أن يصير حلوا فعرفنا أن معنى الشدة والمرارة قائم فيه وان كان لا يظهر لغلبة الحلاوة عليه فأما من طبع الخمر أن يصير خلا فيكون التخليل اتلافا لصفة الخمرية كما بيناه يوضحه ان من وجه فعليه احداث المجاورة ومن وجه اتلاف لصفة

الخمرية كما قلنا فيوفر حظه عليهما فيقول لاعتبار جانب احداث المجاورة لايحل بالقاء شئ من الحلاوات فيه ولاعتبار جانب اتلاف صفة الخمرية يحل التخليل فاما ما روى من النهى عن التخليل فالمراد أن يستعمل الخمر استعمال الخل بأن يؤتدم به ويصطبغ به وهو نظير ماروي أن النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وان تتخذ الدواب كراسى والمراد الاستعمال ولما نزل قوله تعالى اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي ابن حاتم رضى الله عنه ماعبدناهم قط قال النبي صلى الله عليه وسلم أليس كانوا يأمرون وينهون فيطيعونهم قال نعم فقال عليه الصلاة والسلام هوذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال وفى حديث أبى طلحة ذكر بعض الرواة أفلا أخللها قال نعم وان صح ما روى فانما نهى عن التخليل فى الابتداء للزجر عن العادة المألوفة فقد كان يشق عليهم الانزجار عن العادة فى شرب الخمر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم باراقة الخمور ونهى عن التخليل لذلك كما أمر بقتل الكلاب للمبالغة فى الزجر عن العادة المألوفة فى اقتناء الكلاب ثم كان لا يأمن عليهم أن يعفوا فى خمور اليتامى اذ لم يبق بايديهم شئ من الخمر فأمر فى خمور اليتامى أيضا بالاراقة للزجر والواجب على الوصى المنع من افساد مال اليتيم لا اصلاح مافسد منه (ألا ترى) ان شاة اليتيم اذا ماتت لايجب على الوصي دبغ جلدها وان كان لو فعله جاز فكذلك لا يجب عليه التخليل وان كان لو فعله كان جائزا اذا ثبت جواز التخليل فكذلك جواز اتخاذ المرى من الخمر بالقاء الملح والسمك فيه لانه اتلاف لصفة الخمرية كما فى التخليل والذى روى عن عمر رضي الله عنه انه نهى عن ذلك يعارضه ما روى أن ابن عباس رضى الله عنه سئل عن ذلك فقال لا بأس به ثم تأويل حديث عمر رضى الله عنه مثل ما بينا من تأويل الحديث المرفوع انه نهى عن ذلك على طريق السياسة للزجر * ولا يحل للمسلم بيع الخمر ولا أكل ثمنها لان الله تعالى سماها رجسا فيقتضى ذلك بنجاسة العين وفساد المالية والتقوم كما فى الميتة والدم ولحم الخنزير وقد أمر بالاجتناب عنها فتقتضى ذلك أن لايجوز للمسلم الاقتراب منها على جهة التمول بحال وفى الحديث أن أبا عامر كان يهدى لرسول الله صلى الله عليه وسلم راوية من خمر كل عام فأهدى له فى العام التى حرمت فيه فقال عليه الصلاة والسلام ان الله قد حرم الخمر فلا حاجة لى فى خمرك قال خذها وبعها واستعن بثمنها فى حاجتك فقال عليه الصلاة والسلام ياأبا عامر ان الذى حرم شربها حرم بيعها وأكل ثمنها وسئل ابن عمر رضي الله عنه عن بيع الخمر وأكل ثمنها فقال قاتل الله اليهود

حرمت عليهم الشحوم فجملوها وباعوها وأكلوا ثمنها وان الذى حرم الشرب حرم بيعها وأكل ثمنها وممن لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بائعها ومشتريها فان صنع الخمر فى مرقه ثم طبخ لم يحل أكله ولا يحل هذا الصنع لان فيه استعمال الخمر كاستعمال الخل وقد بينا ان هـذا منهى عنه ثم الطبخ فى الخمر لايحلها ولا يغير الحكم الثابت فيها كما لو طبخها لافى مرقه ولكن لايحد من شرب تلك المرقة لان الغالب عليها غير الخمر وقد بينا ان المعتبر هو الغالب فى حكم الحد ولأن وجوب الحد بشرب الخمر والمرقة تؤكل مع الطعام والاكل غير الشرب ولهذا لا نوجب الحد فى الدردى لانه الى الاكل أقرب منه الى الشرب ويكره الاحتقان بالخمر والاقطار منها فى الاحليل ولاحد فى ذلك أما الاستشفاء بعين الخمر فقد بينا انه لايحل عندنا والشافعى يجوز ذلك اذا أخبره عدلان ان شفاءه فى ذلك ولا حد عليه لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله فى اباحة هذا الفعل وحاجته الى التداوى ثم مايقطر فى احليله لايصل الى جوفه ولهذا لا يفطره عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله والحقنة وان كانت مفطرة فالحد لايلزمه فيما يصل الى جوفه من أسافل البدن لان الحد للزجر والطبع لا يميل الى ذلك والتمر يطبخ ويطبخ معه الكشوثا فنبذ فلا بأس به لان ما يطبخ معه يزيد فى شدته وقد بينا ان الشدة لا توجب الحرمة فى المطبوخ من التمر ولو عجن الدقيق بالخمر ثم خبز كرهت أكله لان الدقيق تنجس بالخمر والعجين النجس لا يطهر بالخبز فلا يحل أكله ولو صب الخمر فى حنطة لم يؤكل حتى تغسل لانها تنجست بالخمر فان غسل الحنطة وطحنها ولم يوجد فيها طعم الخمر ولا ريحها فلا بأس بأكلها لان النجاسة كانت على ظاهرها وقد زالت بالغسل بحيث لم يبق شئ من آثارها فهو ومالو تنجست ببول أو دم سواء فان تشربت الخمر فى الحنطة فقد ذكر فى النوادر عن أبى يوسف تغسل ثلاث مرات وتجفف فى كل مرة فتطهر وعند محمد رحمه الله لاتطهر بحال لان الغسل انما يزيل ماعلى ظاهرها فاما ماتشرب فيها فلايستخرج الا بالعصر والعصر فى الحنطة لا يتأتى وهو الى القياس أقرب وما قاله أبو يوسف أرفق بالناس لاجل البلوى والضرورة فى جنس هذا فان هذا الخلاف فى فصول منها الثرى اذا تشرب البول فيه واللوح والآجر والخزف الجديد والنعل فى الحمام وما أشبه ذلك فان للتجفيف أثرا فى استخراج ماتشرب منه فيقام التجفيف فى كل مرة مقام العصر فيما يتأتى فيه العصر فيحكم بطهارته ويكره أن يسقى الدواب الخمر لانه نوع انتفاع بالخمر واقتراب

منها على قصد التحول ولذلك يكره للمسلم أن يسقيها أو المسكر الذي كما لايحل له أن يشربها وقد لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الخمر ساقيها كما لعن شاربها وان كان لرجل دين على رجل فقضاه من ثمن خمر أو خنزير لم يحل له أن يأخذه الا أن يكون الذي عليه الدين كافرا فلا بأس حينئذ أن يأخذ مامنه لانها مال متقوم في حق الكافر فيجوز بيعه ويستحق البائع ثمنه ثم المسلم يأخذ ملك مديونه بسبب صحيح وما يأخذه عوض عن دينه في حقه لاثمن الخمر فاما بيع الخمر من المسلم فباطل والثمن غير مستحق له بل هو واجب الرد على من أخذ منه وصاحب الدين ليس يأخذ ملك مديونه بل ملك الغير الحاصل عنده بسبب فاسد شرعا فيكون هو بهذا الاخذ متقررا الحرمة والفساد وذلك لايحل ولا بأس ببيع العصير ممن يجعله خمرا لان العصير مشروب طاهر حلال فيجوز بيعه وأكل ثمنه ولا فساد في قصد البائع انما الفساد في قصد المشتري ولا تزر وازرة وزر أخرى (ألا ترى) أن بيع الكرم ممن يتخذ الخمر من عنبه جائز لا بأس به وكذلك بيع الارض ممن يغرس فيها كرما ليتخذ من عنبه الخمر وهذا قول أبي حنيفة وهو القياس وكره ذلك أبو يوسف ومحمد رحمهما الله استحسانا لان بيع العصير والعنب ممن يتخذه خمرا اعانة على المعصية وتمكين منها وذلك حرام واذا امتنع البائع من البيع يتعذر على المشتري اتخاذ الخمر فكان في البيع منه تهييج الفتنة وفي الامتناع تسكينها ومن اهراق خمر مسلم فلا ضمان عليه لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم واتلاف ماليس بمال متقوم لايوجب الضمان كاتلاف الميتة وهذا لان الضمان انما يجب جبرا لما دخل على المتلف عليه من نقصان المالية وان كان سكر أو طلاء قد طبخ حتى ذهب ثلثه أو ربعه فأهراقه رجل فعليه قيمته عند أبي حنيفة ولا شئ عليه في قول أبي يوسف ومحمد وهذا بناء على اختلافهم في جواز البيع فان أبا حنيفة لما جوز البيع في هذه الاشربة كانت المالية والتقوم فيها ثابتة فقال انها مضمونة على المتلف ولكن بالقيمة لا بالمثل لانه ممنوع من تمليك عينها وان كان لو فعل ذلك جاز وعندهما لايجوز بيع هذه الاشربة كما لايجوز بيع الخمر فلا يجب الضمان على متلفها أيضا وفي الكتاب قال قلت من أين اختلفا قال الخمر حرام وهذا ليس كالخمر انما هو شئ نكرهه نحن ومعنى هذا أن حرمة الخمر ثبتت بالنص فتعمل في اسقاط المالية والتقوم وحرمة هذه الاشربة لم تكن بنص مقطوع به فلا تسقط المالية والتقوم به فان غصب من مسلم خمرا فصارت في يده خلا ثم وجدها صاحبها

فهو أحق بها لان العين كانت مملوكة له والعين باقية بعد التخلل والكلام فى هذا وفى جلد الميتة اذا دبغه الغاصب قد بيناه فى كتاب الغصب ولا بأس بطعام المجوس وأهل الشرك ما خلا الذبائح فان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يأكل ذبائح المشركين وكان يأكل ماسوى ذلك من طعامهم فانه كان يجيب دعوة بعضهم تأليفالهم على الاسلام فاما ذبائح أهل الكتاب فلا بأس بها لقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ولا بأس بالاكل فى أوانى المجوس ولكن غسلها أحب الى وأنظف لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن طبخ المرقة فى أوانى المشركين فقال عليه الصلاة والسلام اغسلوها ثم اطبخوا فيها ولان الآنية تتخذمما هو طاهر والاصل فيها الطهارة الا أن الظاهر أنهم يجعلون فيها مايصنعونه من ذبائحهم فيستحب غسلها لذلك وان ترك ذلك وتمسك بالاصل لم يضره وهو نظير الصلاة فى سراويل المجوس وقد بيناه فى كتاب الصلاة ولا بأس بالجبن وان كان من صنعة المجوس لما روى أن غلاما لسلمان رضى الله عنه أتاه يوم القادسية بسلة فيها جبن وخبز وسكين فجعل يقطع من ذلك الجبن لاصحابه فيأكلونه ويخبرهم كيف يصنع الجبن ولان الجبن بمنزلة اللبن ولا بأس بما يحلبه المجوس من اللبن انما لايحل مايشترط فيه الذكاة اذا كان المباشر له مجوسيا أو مشركا والزكاة ليست بشرط لتناول اللبن والجبن فهو نظير سائر الاطعمة والاشربة بخلاف الذبائح وهذا لان الذكاة انما تشترط فيمافيه الحياة ولا حياة فى اللبن وقد بينا ذلك فى النكاح وعلى هذا الاصل الشاة اذا ماتت وفى ضرعها لبن عند أبى حنيفة رحمه الله لا يتنجس اللبن بموتها وعلى قول الشافعى يتنجس لان اللبن عنده حياة وعند أبى يوسف ومحمد يتنجس بتنجس الوعاء بمنزلة لبن صب فى قصعة نجسة وأبو حنيفة رحمه الله يقول لو كان اللبن يتنجس بالموت لتنجس بالحلب أيضا فان ماأبين من الحى ميت فاذا جاز أن يحلب اللبن فيشرب عرفنا انه لاحياة فيه فلا يتنجس بالموت ولا بنجاسة وعائه لانه فى معدنه ولا يعطى الشيء فى معدنه حكم النجاسة (ألا ترى) أن فى الاصل اللبن انما يخرج من موضع النجاسة قال الله تعالى من بين فرث ودم لبنا خالصا سائغا للشاربين وعلى هذا انفحة الميتة عند أبى حنيفة رحمه الله طاهرة مائعة كانت أو جامدة بمنزلة اللبن وعند الشافعى نجسة العين وعند أبى يوسف ومحمد ان كانت مائعة فهى نجسة بنجاسة الوعاء كاللبن وان كانت جامدة فلا بأس بالانتفاع بها بعد الغسل لان بنجاسة الوعاء لا يتنجس باطنها وما على ظاهرها يزول بالغسل وأشار لابى حنيفة

رحمه الله فى الكتاب الى حرف قتال لانها لم تكن أنفحة ولا لبنا وهى ميتة ولا يضرها موت
الشاة يعنى ان اللبن والانفحة تنفصل من الشاة بصفة واحدة حية كانت الشاة أو ميتة ذبحت
أو لم تذبح فلا يكون لموت الشاة تأثير فى اللبن والانفحة وعلى هذا لو ماتت دجاجة فوجد
فى بطنها بيضة فلا بأس بأكل البيضة عندنا وعنده ان كانت صلبة فكذلك وان كانت لينة لم
يجز الانتفاع بها كاللبن والانفحة على أصله ولو سقى شاة خمرا ثم ذبحت ساعتئذ فلا بأس بلحمها
وكذلك لو حلب منها اللبن فلا بأس بشربه لان الخمر صارت مستهلكة بالوصول الى جوفها
ولم تؤثر فى لحمها ولا فى لبنها وهى على صفة الخمرية بحالها فلهذا لا بأس باكل لحمها وشرب لبنها
ولو صب رجل خابية من خمر فى نهر مثل الفرات أو أصغر منه ورجل أسفل منه فرث به
الخمر فى الماء فلا بأس بان يشرب من ذلك الماء الا أن يكون يوجد فيه طعمها أو ريحها فلا
يحل له حينئذ بخلاف مالو وقعت قطرة من خمر فى اناء فيه ماء لان ماء الاناء قد تنجس فلا
يحل شربه وان كان لا يوجد فيه طعم الخمر وأما الفرات فلا يتنجس اذ لم يتغير طعمه ولا
رائحته بما صب فيه لقوله عليه الصلاة والسلام خلق الماء طهورا لا ينجسه شىء الا ما غير طعمه
أو لونه أو ريحه والمراد الماء الجارى ثم ما صب فى الفرات يصير مغلوبا مستهلكا بالماء فما
يشربه الرجل ماء الفرات ولا بأس بشرب ماء الفرات الا اذا كان يوجد فيه ريح الخمر
أو طعمها فيستدل بذلك على وجود عين الخمر فيما شربه والصحيح من المذهب فى الجيفة
الواقعة فى نهر يجرى فيه الماء أنه ان كان جميع الماء أو أكثره يجرى على الجيفة فذلك الماء نجس
وان كان أكثره لا يجرى على الجيفة فهو طاهر لان الاقل يجعل تبعا للاكثر فيما تعم به
البلوى واذا خاف المضطر الموت من العطش فلا بأس بان يشرب من الخمر مايرد عطشه
عندنا وقال الشافعى لا يحل شرب الخمر للعطش لان الخمر لا ترد العطش بل تزيد فى عطشه
لما فيها من الحرارة ولكنا نقول لا بأس بذلك لقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه الآية فان
كانت فى الميتة ففيها بيان ان موضع الضرورة مستثنى من الحرمة الثابتة بالشرع وحرمة الخمر
ثابتة بالشرع كحرمة الميتة ولحم الخنزير ولا بأس بالاصابة منها عند تحقق الضرورة بقدر
مايدفع الهلاك به عن نفسه وشرب الخمر يرد عطشه فى الحال لان فى الخمر رطوبة وحرارة
فالرطوبة التى فيها ترد عطشه فى الحال ثم بالحرارة التى فيها يزداد العطش فى الثانى والى أن
يهيج ذلك به ربما يصل الى الماء فعرفنا انه يدفع الهلاك به عن نفسه ولا يحل له أن يشرب

منها الى السكر لان الثابت للضرورة يتقدر بقدر الضرورة فان سكر نظرنافان لم يزد على مايسكن عطشه فلا حد عليه لان شرب هذا المقدار حلال وهو وان سكر من شرب الحلال لا يلزمه الحد كما لو سكر من اللبن أو البنج وان استكثر منه بعد ماسكن عطشه حتى سكر فعليه الحد لان بعد ما سكن عطشه وهو غير مضطر فالقليل والكثير منها سواء فى حكمه فمقدار ماشرب بعد تسكين العطش حرام عليه وذلك يكفى في ايجاب الحد عليه وكذلك النبيذ اذا شرب منه فوق مايجزئه حتى سكر لما بينا أن السكر من النبيذ موجب للحد كشرب الخمر ولا ضرورة له فى شرب القدح المسكر فعليه الحد لذلك واذا كان مع رفيق له ماء كثير فابى أن يسقيه حل له أن يقاتله عليه بما دون السلاح لان الماء محرز مملوك لصاحبه بمنزلة الطعام الا أن الماء فى الاصل كان مباحا مشتركا وذلك الاصل بقي معتبرا بعد الاحراز حتى لا يتعلق القطع بسرقته فلاعتبار اباحة الاصل قلنا يقاتله بما دون السلاح ولكونه مالا مملوكا له فى الحال له أن يقاتله عليه بالسلاح لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد فكيف يقاتل بالسلاح من اذا قتله كان شهيدا وفى الماء المباح اذا منعه منه قاتله بالسلاح وقد بينا ذلك فى كتاب الشرب فامافى الطعام فلايحل له أن يقاتله ولكنه يغصبه اياه ان استطاع فيأكله ثم يعطيه ثمنه بعد ذلك لانه ما كان للمضطر حق فى هذا الطعام قط ولكن الطعام ملك لصاحبه فهو يمنع الغير من ملكه وذلك مطلق له شرعا فلا يجوز لاحد أن يقاتله على ذلك ولكن المضطر يخاف الهلاك على نفسه وذلك مبيح له التناول من طعام الغير بشرط الضمان وهو انما يتأتى بفعل مقصور على الطعام غير متعد الى صاحبه والمقصور على الطعام الاخذفاما القتال فيكون مع صاحب الطعام لا مع الطعام فلهذا لا يقاتله بالسلاح ولا بغيره فان كان الرفيق الذي معه الماء يخاف على نفسه الموت ان لم يحرز ماءه فانه يأخذ منه بعضه ويترك بعضه لان الشرع ينظر للكل وانما يحل للمضطر شرعا دفع الهلاك عن نفسه بطريق لا يكون فيه هلاك غيره وفى أخذ جميع الماء منه هلاك صاحب الماء لقلته بحيث لا يدفع الهلاك الا عن أحدهما فليس له أن يأخذه من صاحب الماء لان حقه فى ملكه مقدم على حق غيره ثم ذكر بعد هذا مسائل قد بينا أكثرها فى الحدود فقال يضرب الشارب الحد بالسوط فى ازار وسراويل ليس عليه غيرها لان جنايته مغلظة كجناية الزانى فينزع عنه ثيابه عند اقامة الحد عليه ليخلص الالم الي بدنه والمرأة فى حد الشرب كالرجل على قياس حد الزنا ويفرق الضرب على

أعضائها كما فى حق الرجل الا انها لاتجرد عن ثيابها لان بدنها عورة وكشف العورة حرام
ولكن ينزع عنها الحشو والفرو لكى يخلص الالم الى بدنها فان لم يكن عليها غير جبة محشوة لم
ينزع ذلك عنها لان كشف العورة لا يحل بحال وكذلك لايطرح عنها خمارها وتضرب قاعدة
ليكون أستر لها هكذا قال على رضى الله عنه يضرب الرجال قياما والنساء قعودا والاصل فى
حد الشرب ماروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى بشارب خمر وعنده أربعون رجلا
فامرهم أن يضربوه فضربوه كل رجل منهم بنعليه فلما كان زمان عمر رضى الله عنه جعل ذلك
ثمانين سوطا والخبر وان كان من أخبار الآحاد فهو مشهور وقد تأكد باتفاق الصحابة رضى
الله عنهم انما العمل به فى زمن عمر رضى الله عنه فانه جعل حد الشرب ثمانين سوطا من هذا
الحديث لانه لما ضربه كل رجل منهم بنعليه كان الكل فى معنى ثمانين جلدة والاجماع حجة
موجبة للعلم فيجوز اثبات الحد به وفيما يجب عليه الحد بالسكر فحد السكر الذي يتعلق به الحد
عند أبى حنيفة أن لايعرف الارض من السماء ولا الانثى من الذكر ولا نفسه من حمار وعند
أبى يوسف ومحمد ان يختلط كلامه فلا يستقر فى خطاب ولا جواب واعتبرا العرف فى ذلك
فان من اختلط كلامه بالشرب يسمى سكران فى الناس وتأيد ذلك بقوله تعالى لا تقربوا
الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون وأبوحنيفة رحمه الله اعتبر النهاية فقال فى الاسباب
الموجبة للحد تعتبر النهاية كما فى السرقة والزنا ونهاية السكر هذا أن يغلب السرور على عقله
حتى لايميز شيأ عن شئ واذا كان يميز بين الاشياء عرفنا انه مستعمل لعقله مع ما به من السرور
ولا يكون ذلك نهاية السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا
وافقهما فى السكر الذي يحرم عنده الشرب اذ المعتبر اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيه
يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ فيهما بالاحتياط وأيد هذا ماروى عن ابن عباس رضى
الله عنهما قال من بات سكران بات عروس الشيطان فعليه أن يغتسل اذا أصبح وهذا اشارة الى
أن السكران من لا يحس بشئ مما يصنع به وأكثر مشايخنا رحمهم الله على قولهما وحكى ان
أئمة بلخ رحمهم الله اتفقوا على انه يستقرأ سورة من القرآن فان أمكنه ان يقرأها فليس
بسكران حتى حكى ان أميرا ببلخ أتاه بعض الشرط بسكران فامره الامير أن يقرأ قل ياأيها
الكافرون فقال السكران للامير اقرأ انت سورة الفاتحة أولا فلما قال الامير الحمد لله رب
العالمين فقال قف فقد أخطأت من وجهين تركت التعوذ عند افتتاح القراءة وتركت التسمية

وهى آية من الفاتحة عند بعض الأئمة والقراء فخجل الامير وجعل يضرب الشرطى الذى جاء به ويقول له أمرتك أن تأتيني بسكران فجئتني بعقرى بلخ واذا شهد عليه الشهود بالشرب وهو سكران حبسه حتى يصحو لان ماهو المقصود لا يتم باقامة الحد عليه فى حال سكره وقد بينا هـذا والمملوك فيما يلزمه من الحد بالشرب كالحر الا أن على المملوك نصف ما على الحر لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولا حد على الذمى فى شيء من الشراب لانه يعتقد اباحة الشرب واعتقاد الحرمة شرط فى السبب الموجب للحد وهذا لان الحد مشروع للزجر عن ارتكاب سببه وبدون اعتقاد الحرمة لايتحقق هـذا ثم قد بينا ان حكم الخطاب قاصر عنهم فى أحكام الدنيا لانا أمرنا ان نتركهم وما يعتقدون ولهذا بقي الخمر مالا متقوما فى حقهم ولهذا قلنا المجوسى اذا تزوج أمه ودخل بها لم يلزمه الحد وان كان يقام عليه الحد بالزنا ولا يحد المسلم بوجود ريح الخمر منه حتى يشهد الشهود عليه بشربها أو يقر لان ريح الخمر شاهد زور فقد يوجد ريح الخمر من غير الخمر فان من استكثر من أكل السفرجل يوجد منه ريح الخمر ومنه قول قول القائل

يقولون لي أنت شربت مدامة ۞ فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وقد توجد رائحة الخمر ممن شربها مكرها أو مضطرا لدفع العطش فلا يجوز أن يعتمد ريحها فى اقامة الحد عليه ولو شهد عليه واحد انه شربها وآخر أنه قاءها لم يحد لان من شربها مكرها أو مضطرا قد يقيء الخمر فسقط اعتبار شهادة الشاهد وانما بقي على الشرب شاهد واحد وكذلك لو شهد على الشرب والريح منه موجود فاختلفا فى الوقت لان الشرب فعل فعند اختلافهما فى الوقت يكون كل واحد منهما شاهدا بفعل آخر وكذلك لو شهد أحدهما انه شربها وشهد الآخر انه أقر بشربها فانه لامعتبر بالشهادة على الاقرار بالشرب لانه لو أقر ثم رجع لايقام عليه الحد ولان الشهادة قد اختلفت فاحدهما يشهد بالفعل والآخر بالقول وكذلك لو شهد أحدهما أنه سكران من الخمر وشهد الآخر انه سكران من السكر فانما شهد كل واحد منهما بفعل آخر ولا يقال ينبغي أن يقام عليه الحد لما يرى من سكره لانه قد يكون سكران من غير الشرب أو من الشرب بالايجار أو الاكراه على الشرب أو كان شرب على قصد التداوى وقد بينا أن ذلك غير موجب للحد عليه ولا يحد باقراره فى حال سكره من الخمر لان السكران لايثبت على كلام واحد ولكنه يتكلم بالشيء وبضده والاصرار على

الاقرار بالسبب لابد منه لايجاب حد الخمر ولو أقر عند القاضي انه شرب أمس خمرا لم يحد أيضا وانما يحد اذا أتاه ساعة شرب والريح يوجد منه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وفي قول محمد يؤخذ باقراره متى جاء مثل حد الزنا وقد بينا هذه المسألة في كتاب الحدود بالبينة والاقرار جميعا واذا أكره على شرب الخمر لايحد لان الشرب في حال الاكراه مباح له على ماينا ان موضع الضرورة مستثنى من الحرمة ولان الحد مشروع للزجر وقد كان منزجرا حين لم يقدم على الشرب مالم تتحقق الضرورة بالاكراه واذا أسلم الحربي وجاء الي دار الاسلام ثم شرب الخمر قبل أن يعلم انها محرمة عليه لم يحد لان الخطاب لم يبلغه فلا يثبت حكم الخطاب في حقه وهذا بخلاف المسلم المولود في دار الاسلام اذا شرب الخمر ثم قال لم أعلم انها حرام لان حرمة الخمر قد اشتهرت بين المسلمين في دار الاسلام والظاهر يكذب المولود في دار الاسلام فيما يقول والظاهر لا يكذب الذي جاء من دار الحرب فيما يقول فيعذر بجهله ولا يقام عليه الحد بخلاف ما اذا زنى أو شرب أو سرق فانه يقام عليه الحد ولا يعذر بقوله لم أعلم لان حرمة الزنا والسرقة في الاديان كلها فالظاهر يكذبه اذا قال لم أعلم بحرمتها ولان حد السرقة والزنا مما تجوز اقامته على الكافر في حال كفره وهو الذمي فبعد الاسلام أولى أن يقام بخلاف حد الخمر ولان حد الزنا والسرقة ثبت بنص يتلى وحد الخمر بخبر يروى فكان أقرب الي الدرء من حد الزنا والسرقة ويستوى في حد الزنا ان طاوعته المرأة على ذلك في دار الاسلام أو اكرهها لان حرمة الزنا في حقهما جميعا قد اشتهرت واذا شرب قوم نبيذا فسكر بعضهم دون بعض حد من سكر لان مشروب بعضهم غير مشروب البعض فيعتبر في حق كل واحد منهم حاله كانه ليس معه غيره (ألا ترى) أن القوم اذا سقوا خمرا على مائدة فمن علم انه خمر لزمه الحد ومن لم يعلم ذلك منهم لم يلزمه الحد والمحرم في حد الخمر كالحلال لانه لاتأثير للمحرم والاحرام في اباحة الشرب ولا في المنع من اقامة هذا الحد واذا قذف السكران رجلا حبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ويحبس حتى يخف عنه الضرب ثم يحد للسكر لان حد القذف في معنى حق العباد وسكره لايمنع وجوب الحد عليه بقذفه لانه مع سكره مخاطب (ألا ترى) أن بعض الصحابة رضي الله عنهم أخذ حد الشرب من القذف على ماروى عن على رضي الله عنه قال اذا شرب هذى واذا هذى افترى وحد المفترين في كتاب الله ثمانون جلدة واذا شرب الخمر في نهار رمضان حد حد الخمر ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب ثم يعزر

لافطاره فى شهر رمضان لان شرب الخمر ملزم للحد ومهتك حرمة الشهر والصوم يستوجب التعزير ولكن الحد أقوى من التعزير فيبتدأ باقامة الحد عليه ثم لا يوالي بينه وبين التعزير لكي يؤدي الى الاتلاف والاصل فيه حديث علي رضي الله عنه انه أتى بالنجاشي الحارثي قد شرب الخمر فحده ثم حبسه حتى اذا كان الغد أخرجه فضربه عشرين سوطا وقال هذا لجراءتك على الله وافطارك فى شهر رمضان ❁ رجل ارتد عن الاسلام ثم أتى به الامام وقد شرب خمرا أو سكر من غير الخمر أو سرق أو زنا ثم تاب وأسلم فانه يحد فى جميع ذلك ماخلا الخمر والسكر فانه لايحد فيهما لان المرتد كافر وحد الخمر والسكر لايقام على أحد من الكفار لما بينا انه يعتقد اباحة سببه فاذا كان ارتكابه سببه فى حال يعتقد اباحته لايقام ذلك عليه فاما حد الزنا والسرقة فيقام على الكافر لاعتقاده حرمة سببه فيقام على المرتد بعد اسلامه أيضا كالذى اذا باشر ذلك ثم أسلم وان لم يتب فلا حد عليه في شيء من ذلك غير حد القذف لان حد الزنا والسرقة خالص حق الله تعالى وقد صارت مستحقة لله تعالى فانه يقتل على ردته ومتى اجتمع فى حق الله تعالى النفس وما دونها يقتل ويلغى ماسوى ذلك وأما حد السرقة ففيه معنى حق العبد فيقام عليه ويضمن السرقة لحق المسروق منه فان شرب وهو مسلم فلما وقع فى يد الامام ارتد ثم تاب لم يحد وان كان زنا أو سرق أقيم عليه الحد لان مااعترض من الردة يمنع وجوب حد الخمر والسكر عليه فيمنع بقاؤه ولا يمنع وجوب حد الزنا والسرقة فكذلك لا يمنع البقاء وقد قال فى آخر الكتاب اذا ارتد عن الاسلام ثم سرق أو زنا أو شرب الخمر أو سكر من غير الخمر ثم تاب وأسلم لم يحد فى شيء من ذلك الا فى القذف فان لم يتب لم يقم عليه أيضا شيء من الحدود غير حد القذف ويقتل وان أخذته وهو مسلم شاربا خمرا أو زانيا أو سارقا فلما وقع فى يدك ارتد عن الاسلام فاستتبته فتاب أقيم عليه الحدود الاحد الخمر وهذه الرواية تخالف الرواية الاولى فى فصل واحد وهو انه اذا زنا أو سرق فى حال ردته لايقام عليه الحد بعد توبته كما لايقام قبل توبته لان المرتد بمنزلة الحربي فانه اعتقد محاربته لو تمكن منها والحربي اذا ارتكب شيأ من الاسباب الموجبة للحد ثم أسلم لايقام عليه الحد فكذلك المرتد وفرق على هذه الرواية بين هذا وبين مااذا زنا أو سرق وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم فقال هناك حين ارتكب السبب ما كان حربيا للمسلمين فيكون مستوجبا للحد ولم يزل تمكن الامام من اقامته عليه بنفس الردة الا انه كان لا يشتغل به قبل توبته لاستحقاق نفسه بالردة

وقد انعدم بالاسلام فلهذا يقام عليه وتزويج السكران ولده الصغير وهبته وما أشبه ذلك من تصرفاته قولا أو فعلا صحيح لانه مخاطب كالصاحي وبالسكر لا ينعدم عقله انما يغلب عليه السرور فيمنعه من استعمال عقله وذلك لا يؤثر في تصرفه سواء كان شرب مكرها أوطائعا فاما اذا شرب البنج أو شيأ حلوا فذهب عقله لم يقع طلاقه في تلك الحالة لانه بمنزلة المتوه في التصرفات وان شهد رجلان على شهادة سكران أو شهد السكران على شهادة رجلين لم يصح ذلك من قبل انه رجل فاسق وانه سكران لا يستقر على شئ واحد فيما يخبر به ولهذا لوارتد في حال سكره لا تبين منه امرأته استحسانا قال لأظن سكرانا ينفلت من هذا واشباهه وقد بينا هذا في السير واذا أتى الامام برجل شرب خمرا وشهد به عليه شاهدان فقال انما أكرهت عليها أو قال شربتها ولم أعرفها أقيم عليه الحد لان السبب الموجب للحد قد ظهر وهو يدعي عذرا مسقطا فلا يصدق على ذلك ببينة اذ لو صدق عليه من غير بينة لانسد باب اقامة حد الخمر أصلا وهذا بخلاف الزاني اذا ادعى النكاح لانه هناك ينكر السبب الموجب للحد فبالنكاح يخرج الفعل من أن يكون زنا محضا وهنا بعد الاكراه والجهل لا ينعدم السبب وهو حقيقة شرب الخمر انما هذا عذر مسقط فلا يثبت الا ببينة يقيمها على ذلك ويكره للرجل أن يأكل على مائدة يشرب عليها الخمر هكذا نقل عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى أن يأكل المسلم على مائدة يشرب عليها الخمر ولان في ذلك تكثير جمع الفسقة واظهار الرضا بصنيعهم وذلك لا يحل للمسلم في عشر دوارق عصير عنب في قدر ثم يطبخ فيغلي فيقذف بالزبد فجعل يأخذ ذلك الزبد حتى جمع قدر دورق فانه يطبخ حتى يبقى ثلاثة دوارق ثلث الباقي لان ما أخذه من الزبد انتقص من أصل العصير فيسقط اعتباره في الحساب فظهر ان الباقي من العصير تسعة دوارق فانما يصير مثلثا اذا طبخ حتى يذهب ثلثاه ويبقى ثلثه ثلاثة دوارق وان نقص منه دورق آخر في ذلك الغليان فكذلك الجواب لان ما نقص بالغليان في معنى الداخل فيما بقي فلا يصير ذلك كان لم يكن وانما يلزمه الطبخ الى أن يذهب ثلثا العصير *ولو صب رجل في قدر عشرة دوارق عصير وعشرين دورقا ماء فان كان الماء يذهب بالطبخ قبل العصير فانه يطبخه حتى يذهب ثمانية اتساعه ويبقى التسع لانه اذا ذهب ثلثاه بالغليان فالذاهب هو الماء فقط فعليه أن يطبخه بعد ذلك حتى يذهب ثلثا العصير ويبقى ثلثه وهو سبع الجملة وان كانا يذهبان بالغليان معا طبخه حتى يذهب ثلثاه لانه ذهب بالغليان ثلثا

العصير وثلثا الماء والباقي ثلث العصير وثلث الماء فهو وما لو صب الماء في العصير بعد ماطبخه على الثلث والثلثين سواء واذا طبخ عصير حتى ذهب ثلثه ثم صنع منه مليقا فان كان ذلك قبل أن يتغير عن حاله فلا بأس به وان صنعه بعد ماغلى فتغير عن حال العصير فلا خير فيه لانه لما غلى واشتد صار محرما والمليق المتخذ من عين المحرم لا يكون حلالا كالمتخذ من الخمر وأما قبل أن يشتد فهو حلال الشرب فأما صنيع المليق من عصير فحلال واذا طبخ الرجل عصيرا حتى ذهب ثلثه ثم تركه حتى برد ثم أعاد عليه الطبخ حتى ذهب نصف مابقي فان كان أعاد عليه الطبخ قبل أن يغلي أو يتغير عن حال العصير فلا بأس به لان الطبخ في دفعتين الى ذهاب الثلثين منه وفي دفعة سواء وان صنعه بعد ماغلي وتغير عن حال العصير فلا خير فيه لان الطبخ في المرة الثانية لاقى شيأ محرما فهو بمنزلة خمر طبخ حتى ذهب ثلثاه به واذا طبخ الرجل عصيرا حتى ذهب ثلاثة اخماسه ثم قطع عنه النار فلم يزل حتى ذهب منه تمام الثلثين فلا بأس به لانه صار مثلثا بقوة النار فان الذي بقي منه من الحرارة بعد ماقطع عن النار أثر تلك النار فهو وما لو صار مثلثا والنار تحته سواء وهذا بخلاف مالو برد قبل أن يصير مثلثا لان الغليان بعد ماانقطع عنه أثر النار لا يكون الا بعد الشدة وحين اشتد فقد صار محرما بنفسه ولان الغليان بقوة لاينقص منه شيأ بل يزيد في رقته بخلاف الغليان بقوة النار فان شرب الطلاء الذي قد طبخ حتى ذهب عشره فلا حد عليه الا أن يسكر لما بينا أنه ذهب بالطبخ شئ فيخرج من أن يكون خمرا وفي غير الخمر من الاشربة لايجب الحد الا بالسكر واذا استعط الرجل بالخمر أو اكتحل بها أو اقتطرها في اذنه أو داوى بها جائفة أو آمة فوصل الى دماغه فلا حد عليه لان وجوب الحد يعتمد شرب الخمر وهو بهذه الافعال لا يصير شاربا وليس في طبعه ما يدعوه الى هذه الافعال لتقع الحاجة الى شرع الزاجر عنه ولو عجن دواء بخمر ولته أو جعلها أحد اخلاط الدواء ثم شربها والدواء هو الغالب فلاحد عليه وان كانت الخمر هي الغالبة فانه يحد لان المغلوب يصير مستهلكا بالغالب اذا كان من خلاف جنسه والحكم للغالب والله أعلم بالصواب

باب التعزير

(قال رحمه الله) ذكر عن الشعبي رحمه الله قال لايبلغ بالتعزير أربعون سوطا وبه أخذ

أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله قالا لان الاربعين سوطا أدنى مايكون من الحد وهو حد العبيد فى القذف والشرب وقال عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا فى غير حد فهو من المعتدين وهذا قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال يبلغ بالتعزير خمسة وسبعين سوطا لان أدنى الحد ثمانون سوطا وحد العبد نصف الحر وليس بحد كامل وهذا مروى عن محمد أيضا وعن أبي يوسف انه يجوز أن يبلغ بالتعزير تسعة وسبعين سوطا وهذا ظاهر على الاصل الذى بينا وأما تقدير النقصان بالخمسة على الرواية الاولى فهو بناء على ما كان من عادته انه كان يجمع فى اقامة الحد والتعزير بين خمسة أسواط ويضرب دفعة فانما نقص فى التعزير ضربة واحدة وذلك خمسة أسواط واذا أخذ الرجل مع المرأة وقد أصاب منها كل محرم غير الجماع عزر بتسعة وثلاثين سوطا وقد بينا فى كتاب الحدود أن كل من ارتكب محرما ليس فيه حد مقدر فانه يعزر ثم الرأى فى مقدار ذلك الى الامام و يبنى ذلك على قدر جريمته وهذه جريمة متكاملة فلهذا قدر التعزير فيها بتسعة وثلاثين سوطا وقد بينا أن الضرب فى التعزير أشد منه فى الحدود لانه دخله تخفيف من حيث نقصان العدد وانه ينزع ثيابه عند الضرب ويضرب على ظهره ولا يفرق على أعضائه انما ذلك فى الحدود واذا نقب السارق النقب وأخذ المتاع فأخذ فى البيت أو أخذ وقد خرج بمتاع لايساوى عشرة دراهم فانه يعزر لارتكابه محرما والمرأة فى التعزير كالرجل لانها تشاركه فى السبب الموجب للتعزير واذا كان الرجل فاسقا متهما بالشر كله فاخذ عزر لفسقه وحبس حتى يحدث توبة لانه متهم وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا فى تهمة والذى يزنى فى شهر رمضان نهارا فيدعي شبهة يدرأ بها الحد عن نفسه يعزر لافطاره لانه مرتكب للحرام بافطاره وان خرج من أن يكون زانيا بما ادعي من الشبهة ولا يحبس هنا لان الحبس للتهمة فاما جزاء العمل الذى باشره فالتعزير وقد أقيم عليه والمسلم الذى يأكل الربا أو يبيع الخمر ولا ينزع عن ذلك اذا رفع الى الامام يعزره وكذلك المخنث والنائحة والمغنية فان هؤلاء يعزرون بما ارتكبوا من المحرم ويحبسون حتى يحدثوا التوبة لانهم بعد اقامة التعزير عليهم مصرون على سوء صنيعهم وذلك فوق التهمة فى ايجاب حبسهم الى أن يحدثوا التوبة واذا شتم المسلم امرأة ذمية أو قذفها بالزنا عزر لان الذمية غير محصنة فلا يجب الحد على قاذفها ولكن قاذفها مرتكب ماهو محرم فيعزر وكذلك اذا قذف مسلمة قد زنت أو مسلما قد زنا أو أمة مسلمة لان المقذوف من هؤلاء غير محصن ولكن القاذف

مرتكب ما هو حرام وهو اشاعة الفاحشة وهتك للستر على المسلم من غير حاجة وذلك موجب للتعزير عليه واذا قطع اللصوص الطريق على قوم فلهم أن يقاتلوهم دفعا عن أنفسهم وأموالهم قال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد واذا استعانوا بقوم من المسلمين لم يحل لهم أن يعينوهم ويقاتلوهم معهم وان أتوا على أنفسهم لان النهي عن المنكر فرض وبذلك وصف الله تعالى هذه الامة بانهم خير أمة فلا يحل لهم أن يتركوا ذلك اذا قدروا عليه *قلت والرجل يخترط السيف على الرجل ويريد أن يضربه ولم يفعل أو شد عليه بسكين أو عصا ثم لم يضربه بشيء من ذلك هل يعزر قال نعم لانه ارتكب مالا يحل من تخويف المسلم والقصد الى قتله *قلت والرجل يوجد في بيته الخمر بالكوفة وهو فاسق أو يوجد القوم مجتمعين عليها ولم يرهم أحد يشربونها غير أنهم جلسوا مجلس من يشربها هل يعزرون قال نعم لان الظاهر ان الفاسق يستعد الخمر للشرب وان القوم يجتمعون عليها لارادة الشرب ولكن بمجرد الظاهر لا يتقرر السبب على وجه لا شبهة فيه فلا يمكن اقامة الحد عليهم والتعزير مما يثبت مع الشبهات فلهذا يعزرون وكذلك الرجل يوجد معه ركوة من الخمر بالكوفة أو قال ركوة وقد كان بعض العلماء في عهد أبي حنيفة رحمه الله يقول يقام عليه الحد كما يقام على الشارب لان الذي يسبق الى وهم كل أحد انه يشرب بعضها ويقصد الشرب فيما بقي معه منها الا انه حكى أن أبا حنيفة رحمه الله قال لهذا القائل لم تحده قال لان معه آلة الشرب والفساد قال رحمه الله فارجمه اذا فان معه آلة الزنا فهذا بيان انه لا يجوز اقامة الحد بمثل هذا الظاهر والتهمة والله أعلم

باب من طبخ العصير

(قال رحمه الله) رجل طبخ عشرة أرطال عصير حتى ذهب منه رطل ثم اهراق ثلاثة أرطال منه ثم أراد أن يطبخ البقية حتى يذهب ثلثاها كم يطبخها قال يطبخها حتى يبقى منها رطلان وتسعا رطل لان الرطل الذاهب بالغليان في المعنى داخل فيما بقي وكان الباقي قبل أن ينصب منه شيء تسعة أرطال فعرفنا أن كل رطل من ذلك في معنى رطل وتسع لان الذاهب بالغليان انقسم على ما بقي أتساعا فان انصب منه ثلاثة ارطال وثلاثة اتساع رطل يكون الباقي ستة أرطال وستة اتساع رطل فيطبخه حتى يبقى منه الثلث وهو رطلان وتسعا رطل ولو كان ذهب بالغليان رطلان ثم اهراق منه رطلان قال يطبخه حتى يبقى منه رطلان ونصف لانه لما

ذهب بالغليان رطلان والباقى ثمانية أرطال كل رطل فى معنى رطل وربع فلما انصب منه رطلان ولدى انصب فى المعنى رطلان ونصف والباقى من العصير سبعة أرطال ونصف وان ذهب بالغليان خمسة أرطال ثم انصب رطل واحد منه أو أخذ رجل منه رطلا قال يطبخ الباقى حتى يبقى منه رطلان وثلثا رطل لانه لماذهب بالغليان خمسة أرطال فما ذهب فى المعنى داخل فيما بقى وصار كل رطل بمعنى رطلين فلما انصب من الباقى رطل كان الباقى بعده من العصير ثمانية أرطال فيطبخه الى أن يبقى ثلث ثمانية أرطال وذلك رطلان وثلثا رطل وفى الكتاب أشار الى طريق آخر فى تخريج جنس هذه المسائل فقال السبيل أن يأخذ ثلث الجميع فيضربه فيما بقى بعد ماانصب منه ثم يقسمه على مابقى بعد ماذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما خرج بالقسمة فهو حلال ما بقي منه وبيان هذا أما فى المسئلة الاولى فأخذ ثلث العصير ثلاثة وثلثا وتضربه فيما بقي بعد ماانصب منه وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم العشرين على مابقى بعد ماذهب بالطبخ منه قبل أن ينصب منه شئ وذلك تسعه واذاقسمت عشرين على تسعة فكل جزء من ذلك اثنان وتسعان فعرفنا ان حلال ما بقى رطلان وتسعا رطل ٭ وفى المسئلة الثانية تأخذ أيضا ثلاثة وثلثا وتضربه فيما بقى بعد الانصباب وهو ستة فيكون عشرين ثم تقسم ذلك على مابقى بعد الطبخ قبل الانصباب وهو ثمانية فكل قسم من ذلك اثنان ونصف فعرفنا ان حلال ما بقي منه رطلان ونصف ٭ وفى المسئلة الثالثة تأخذ ثلاثة وثلثا وتضربه فيما بقى بعد الانصباب وهو أربعة فيكون ثلاثة عشر وثلثا ثم تقسمه على مابقي قبل الانصباب بعد الطبخ وذلك خمسة فيكون كل قسم اثنين وثلثين فلهذا قلنا يطبخه حتى يبقى رطلان وثلثا رطل وفى الاصل قال حتى يبقى رطلان وثلاثة أخماس وثلث خمس وذلك عبارة عن ثلثى رطل اذا تأملت وربما يتكلف بعض مشايخنا رحمهم الله لتخريج هذه المسائل على طريق الحساب من الجبر والمقابلة وغير ذلك ولكن ليس فى الاشتغال بها كثير فائدة والله أعلم

كتاب الاكراه

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى رحمه الله تعالى إملاء الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفى به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن تنعدم به الاهلية فى حق المكره أو يسقط عنه الخطاب لان المكره

مبتلى والابتلاء يقرر الخطاب ولا شك أنه مخاطب فى غير ماأكره عليه وكذلك فيما أكره عليه حتى يتنوع الامر عليه فتارة يلزمه الاقدام على ماطلب منه وتارة يباح له ذلك وتارة يرخص له فى ذلك وتارة يحرم عليه ذلك فذلك آية الخطاب ولذلك لاينعدم أصل القصد والاختيار بالاكراه كيف ينعدم ذلك وانما طلب منه أن يختار أهون الامرين عليه وزعم بعض مشايخنا رحمهم الله أن أثر الاكراه التام فى الافعال فى نقل الفعل من المكره الى المكره وهذا ليس بصحيح فانه لايتصور نقل الفعل الموجود من شخص الى غيره والمسائل تشهد بخلاف هذا أيضا فان البالغ اذا أكره صبيا على القتل يجب القود على المكره وهذا الفعل فى محله غير موجب للقود فلا يصير موجبا بانتقاله الى محل آخر ولكن الاصح أن تأثير الاكراه فى جعل المكره آلة للمكره فيصير الفعل منسوبا الى المكره بهذا الطريق وجعل المكره آلة لاباعتبار أن بالاكراه ينعدم الاختيار منه أصلا ولكن لانه يفسد اختياره به لتحقق الالجاء فالمرء مجبول على حب حياته وذا يحمله على الاقدام على ماأكره عليه فيفسد به اختياره من هذا الوجه والفاسد فى معارضة الصحيح كالمعدوم فيصير الفعل منسوبا الى المكره لوجود الاختيار الصحيح منه والمكره يصير كالآلة للمكره لانعدام اختياره حكما فى معارضة الاختيار الصحيح ولهذا اقتصر على مايصلح أن يكون آلة له فيه دون مالايصلح كالتصرفات قولا فانه لا يتصور تكلم المرء بلسان غيره وتأثير الاكراه فى هذه التصرفات فى انعدام الرضا من المكره بحكم الشبه وشبهه بعض أصحابنا رحمهم الله بالهزل فان الهزل عدم الرضا بحكم السبب مع وجود القصد والاختيار فى نفس السبب فالاكراه كذلك الا أن الهازل غير محمول على التكلم والمكره محمول على ذلك وبذلك لاينعدم اختياره كما بينا وشبهه بعضهم باشتراط الخيار فان شرط الخيار يعدم الرضا بحكم السبب دون نفس السبب ثم فى الاكراه يعتبر معنى فى المكره ومعنى فى المكره ومعنى فيما أكره عليه ومعنى فيما أكره به فالمعتبر فى المكره تمكنه من ايقاع ماهدده به فانه اذا لم يكن متمكنا من ذلك فاكراهه هذيان وفى المكره المعتبر أن يصير خائفا على نفسه من جهة المكره فى ايقاع ماهدده به عاجلا لانه لايصير ملجأ محمولا طبعا الا بذلك وفيما أكره به بان يكون متلفا أو مزمنا أو متلفا عضوا أو موجبا عما ينعدم الرضا باعتباره وفيما أكره عليه أن يكون المكره ممتنعا منه قبل الاكراه اما لحقه أو لحق آدمى آخر أو لحق الشرع وبحسب اختلاف هذه الاحوال

بختلف الحكم فالكتاب لتفصيل هذه الجملة وقد ابتلى محمد رحمه الله بسبب تصنيف هذا الكتاب على ماحكى عن ابن سماعة رحمه الله قال لما صنف محمد رحمه الله هذا الكتاب سعى به بعض حساده الى الخليفة فقال انه صنف كتابا سماك فيه لصا غاليا فاغتاظ لذلك وأمر باحضاره وأتاه الشخص وأنا معه فأدخله على الوزير أولا فى حجرته فجعل الوزير يعاتبه على ذلك فأنكره محمد أصلا فلما علمت السبب أسرعت الرجوع الى داره وتسورت حائط بعض الجيران لانهم كانوا سمروا على بابه فدخلت داره وفتشت الكتب حتى وجدت كتاب الا كراه فالقيته فى جب فى الدار لان الشرط أحاطوا بلدار قبل خروجى منها فلم يمكنى أن أخرج واختفيت في موضع حتى دخلوا وحملوا جميع كتبه الى دار الخليفة بامر الوزير وفتشوها فلم يجدوا شيأ مما ذكره الساعي لهم فندم الخليفة على ماصنع به واعتذر اليه ورده بجميل فلما كان بعد أيام أراد محمد رحمه الله أن يعيد تصنيف الكتاب فلم يجبه خاطره الي مراده فجعل يتأسف على ما فاته من هذا الكتاب ثم أمر بعض وكلائه أن يأتى بعامل ينقي البئر لان ماءها قد تغير فلما نزل العامل فى البئر وجد الكتاب فى آجرة أو حجر بناء من طى البئر لم يبتل فسر محمد رحمه الله بذلك وكان يخفى الكتاب زمانا ثم أظهره فهذا من مناقب محمد وما يستدل به على صحة تفريعه لمسائل هذا الكتاب ثم بدأ الكتاب بحديث رواه عن ابراهيم رحمه الله قال فى الرجل يجبره السلطان على الطلاق والعتاق فيطلق أو يعتق وهو كاره انه جائز واقع ولو شاء الله لابتلاه باشد من هذا وهو يقع كيفما كان وبه أخذ علماؤنا رحمهم الله وقالوا طلاق المكره واقع سواء كان المكره سلطانا أو غيره أكرهه بوعيد متلف أو غير متلف والخلاف فى هذا الفصل كان مشهورا بين السلف من علماء التابعين رحمهم الله ولهذا استكثر من أقاويل السلف على موافقة قول ابراهيم وفى قوله ولو شاء الله لابتلاه باشد من هذا اشارة الى ماذكرنا من بقاء الاهلية والخطاب مع الا كراه وانه غير راض فى ذلك ولكن عدم الرضا بحكم الطلاق لايمنع الوقوع ولهذا وقع مع اشتراط الخيار عند الايقاع ومع الهزل من الموقع وان كان معلوما وكانه أخذ هذا اللفظ مما ذكره على رضي الله عنه فى امرأة المفقود انها ابتليت فلتصبر ولو شاء الله لابتلاها باشد من هذا وعن عمر بن عبد العزيز رحمه الله انه أجاز طلاق المكره وعن سعيد بن المسيب رضى الله عنه انه ذكر له أن رجلا ضرب غلامه حتى طلق امرأته فقال بئس ماصنع وانما فهموا منه بهذا الفتوى بوقوع الطلاق حتى

قال يحيى بن سعيد راوى الحديث أى هو جائر عليه فى معنى قوله بئس ماصنع أى حين فرق بينه وبين امرأته بغير رضاه وانما يكون ذلك اذا وقعت الفرقة ومن قال لا يقع طلاق المكره يقول مراد سعيد رضي الله عنه بئس ماصنع فى اكتسابه بالاكراه وتضييعه وقت نفسه وقد رد عليه الشرع قصده وجعل طلاق المكره لغوا ولكن الاول أظهر وأصل هذا فيما اذا باع رجلا عينا من مال غيره بغير أمره ثم أخبر المالك به فقال بئس ماصنعت وهذا اللفظ فى رواية هشام عن محمد لا يكون اجازة للبيع بخلاف قوله نعم ماصنعت أو أحسنت أو أصبت فان فى اللفظ الاول اظهار الكراهة لصنعه وفى اللفظ الثانى اظهار الرضا به وروى ابن سماعة رحمه الله على عكس هذا ان قوله نعم ماصنعت يكون على سبيل الاستهزاء به فى العادة فيكون ردا لا اجازة وقوله بئس ماصنعت يكون اجازة لانه اظهار للتأسف على مافاته وذلك انما يتحقق اذا نفذ البيع وزال ملكه فجعلناه اجازة لذلك وعن صفوان بن عمرو الطائى أن رجلا كان مع امرأته نائما فأخذت سكينا وجلست على صدره فوضعت السكين على حلقه وقالت لتطلقنى ثلاثا ألبتة أو لاذبحنك فناشدها الله فابت عليه فطلقها ثلاثا فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام لاقيلولة فى الطلاق وفيه دليل وقوع طلاق المكره لان لقوله عليه الصلاة والسلام لاقيلولة فى الطلاق تأويلين أحدهما انها بمعنى الاقالة والفسخ أى لايحتمل الطلاق الفسخ بعد وقوعه وانما لايلزمه عند الاكراه مايحتمل الاقالة أو يعتمد تمام الرضا والثانى ان المراد انما ابتليت بهذا لاجل نوم القيلولة وذلك لا يمنع وقوع الطلاق وبطريق آخر يروى هذا الحديث أن رجلا خرج مع امرأته الى الجبل ليشتار العسل فلما تدلى من الجبل بحبل وضعت السكين على الحبل فقالت لتطلقنى ثلاثا أولا قطعته فطلقها ثلاثا ثم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ليستفتى فقال عليه الصلاة والسلام لاقيلولة فى الطلاق وأمضي طلاقه وذكر نظير هذا عن عمرو بن شرحبيل رضى الله عنه أن امرأة كانت مبغضة لزوجها فراودته على الطلاق فأبى فلما رأته نائما قامت الى سيفه فأخذته ثم وضعته على بطنه ثم حركته برجلها فلما استيقظ قالت له والله لانفذنك به أو لتطلقنى ثلاثا فطلقها فأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاستغاث به فشتمها وقال ويحك ما حملك على ما صنعت فقالت بغضى اياه فامضى طلاقه وهو دليل لنا على أن طلاق المكره واقع ولا يقال فى هذا كله ان هذا الاكراه كان من غير السلطان لان الاكراه بهذه

الصفة يتحقق بالاتفاق فانه صار خائفا على نفسه لما كانت متمكنة من ايقاع ما خوفته به وان كان ذلك بعارض قوله فشتمها أى نسبها الى سوء العشرة والصحبة والى الظلم كما يليق بفعلها لا ان يكون ذكر ما ليس بموجود فيها لان ذلك بهتان لا يظن به وعن أبي قلابة قال طلاق المكره جائز وعن عمر رضى الله عنه قال أربع واجبات على من تكلم بهن الطلاق والعتاق والنكاح والنذر يعنى النذر المرسل اذ اليمين بالنذر يمين وبه نأخذ فنقول هذا كله جائز لازم ان كان جادا فيه أو هازلا أكره عليه أو لم يكره لانه لا يعتمد تمام الرضا ولا يحتمل الفسخ بعد وقوعه وعن على رضى الله عنه قال ثلاث لا لعب فيهن الطلاق والعتاق والصدقة يعنى النذر بالصدقة ومراده أن الهزل والجد فى هذه الثلاثة سواء فالهازل لاعب من حيث انه يريد بالكلام غير ما وضع له الكلام وذكر نظيره عن أبي الدرداء رضى الله عنه قال ثلاث لا لعب بهن واللعب فيهن النكاح والطلاق والعتاق وعن ابن المسيب رضى الله عنه قال ثلاث ليس فيهن لعب الطلاق والنكاح والعتاق وأيد هذا كله حديث أبي هريرة رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ثلاث جدهن جد وهزلهن جد الطلاق والرجعة والنكاح وانما أورد هذه الآثار ليستدل بها على صحة هذه التصرفات من المكره فالوقوع حكم الجد من الكلام والهزل ضد الجد ثم لما لم يمتنع الوقوع مع وجود ما يضاد الجد فلأن لا يمتنع الوقوع بسبب الاكراه أولى لان الاكراه لا يضاد الجد فانه أكره على الجد وأجاب الى ذلك وانما ضد الاكراه الرضا فيثبت بطريق البينة لزوم هذه التصرفات مع الاكراه لانه لما لم يمتنع لزومها بما هو ضد الجد فلان لا يمتنع لزومها مع جد أقدم عليه عن اكراه أولى وعن عمر رضى الله عنه أربع مبهمات مقفلات ليس فيهن رديدى الطلاق والعتاق والنكاح والنذر وقوله مبهمات أى واقعات على صفة واحدة فى اللزوم مكرها كان الموقع أو طائعا يقال فرس بهيم اذا كان على لون واحد وقوله مقفلات أى لازمات لا تحتمل الرد بسبب العذر وتدين ذلك بقوله ليس فيهن رديدى وعن الشعبي رضى الله عنه قال اذا أجبر السلطان على الطلاق فهو جائز وان كان لصا فلا شئ وبه أخذ أبو حنيفة رحمه الله قال الاكراه يتحقق من السلطان ولا يتحقق من غيره ثم ظاهر هذا اللفظ يدل على أنه كان من مذهب الشعبي أن المكره على الطلاق اذا كان سلطانا يقع ولا يقع طلاق المكره اذا كان المكره لصا ولكنا نقول مراده بيان الوقوع بطريق التشبيه يعنى أن المكره على الطلاق وان كان سلطانا فالطلاق واقع جائز

فاذا كان لصا أولى أن يكون واقعا لان اكراه اللص ليس بشيء وعن على وابن عباس رضى الله عنهم قالا كل طلاق جائز الا طلاق الصبي والمعتوه وانما استدل بقولهما على وقوع طلاق المكره لانهما حكما بلزوم كل طلاق الا طلاق الصبي والمعتوه والمكره ليس بصبي ولا معتوه ولا هو فى معناهما لبقاء الاهلية والخطاب مع الاكراه وعن الزهرى رحمه الله ان فتى أسود كان مع أبى بكر الصديق رضى الله عنه وكان يقرأ القرآن فبعث أبو بكر رضى الله عنه رجلا يسعى على الصدقة وقال له اذهب بهذا الغلام معك يرع غنمك ويعنك فتعطيه من سهمك فذهب بالفتى فرجع وقد قطعت يده فقال ويحك مالك قال زعموا أنى سرقت فريضة من فرائض الابل فقطعنى قال أبو بكر رضي الله عنه والله لئن وجدته قطعك بغير حق لاقيدنك منه قال فلبثوا مالبثوا ثم ان متاعا لامرأة أبى بكر سرق وذلك الاسود قائم يصلى فرفع يده الى السماء وقال اللهم أظهر على السارق اللهم اظهر على السارق فوجدوا ذلك المتاع عنده فقال أبو بكر رضى الله عنه ويحك ما أجهلك بالله ثم أمر به فقطعت رجله فكان أول من قطعت رجله وقد بينا فوائد هذا الحديث فى كتاب السرقة واختلاف الروايات أنه ذكر هناك أن الفتى كان أقطع اليد والرجل فقطعت يده اليسرى وهنا ذكر أنه كان أقطع اليد فقطع أبو بكر رضى الله عنه رجله وانما أورد الحديث هنا لحرف وهو قوله والله لئن وجدته قطعك بغير حق لاقيدنك منه وبه نأخذ فنقول اذا بعث الخليفة عاملا فأمر رجلا بقطع يد غيره أو قتله بغير حق فعله أن القصاص على العامل الذي أمر به لان أمر مثله اكراه فان من عادة العمال أنهم يأمرون بشيء ثم يعاقبون من امتنع من ذلك بالقتل وغيره والفعل يصير منسوبا اليه بمثل هذا الامر قال الله تعالى يذبح أبناءهم ويستحيي نساءهم انه كان من المفسدين والامين ما كان يباشر حقيقته ولكنه كان مطاعا بأمره والامر من مثله اكراه والكلام فى الاكراه على القتل يأتى فى موضعه وعن أبى عبيدة بن محمد بن عمار بن ياسر رضى الله عنه قال أخذ المشركون عمار بن ياسر رضى الله عنه فلم يتركوه حتى سب الله رسول الله صلى عليه وسلم وذكر آلهتهم بخير ثم تركوه فلما أتى رسول صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام ماوراءك قال شر ماتركونى حتى نلت منك وذكرت آلهتهم بخير قال عليه الصلاة والسلام فكيف تجد قلبك قال أجده مطمئنا بالايمان قال عليه الصلاة والسلام ان عادوا فعد ففيه دليل انه لا بأس للمسلم أن يجرى كلمة الشرك على اللسان مكرها بعد أن يكون مطمئن

القلب بالايمان وان ذلك لا يخرجه من الايمان لانه لم يترك اعتقاده بما أجراه على لسانه (ألا ترى) أن النبي صلى الله عليه وسلم سأل عمار بن ياسر رضي الله عنه عن حال قلبه فلما أخبر أنه مطمئن بالايمان لم يعاتبه على ما كان منه وبعض العلماء رحمهم الله يحملون قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعد على ظاهره يعني ان عادوا الى الاكراه فعد الى ما كان منك من النيل مني وذكر آلهتهم بخير وهو غلط فانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر أحدا بالتكلم بكلمة الشرك ولكن مراده عليه الصلاة والسلام فان عادوا الى الاكراه فعد الى طمأنينة القلب بالايمان وهذا لان التكلم وان كان يرخص له فيه فالامتناع منه أفضل (ألا ترى) أن حبيب بن عدى رضي الله لما امتنع حتى قتل سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء وقال هو رفيقي في الجنة (وقصته) أن المشركين أخذوه وباعوه من أهل مكة فجعلوا يعاقبونه على ان يذكر آلهتهم بخير ويسب محمدا صلى الله عليه وسلم وهو يسب آلهتهم ويذكر رسول الله صلى الله عليه وسلم بخير فأجمعوا على قتله فلما أيقن انهم قاتلوه سألهم أن يدعوه ليصلي ركعتين فأوجز صلاته ثم قال انما أوجزت لكيلا تظنوا انى أخاف القتل ثم سألهم أن يلقوه على وجهه ليكون هو ساجدا لله حين يقتلونه فأبوا عليه ذلك فرفع يديه الى السماء وقال اللهم انى لا أري هنا الا وجه عدو فاقرئ رسول الله صلى الله عليه وسلم مني السلام اللهم احص هؤلاء عددا واجعلهم بددا ولا تبق منهم أحدا ثم أنشأ يقول

ولست أبالي حين أقتل مسلما * على أي جنب كان لله مصرعي

فلما قتلوه وصلبوه تحول وجهه الى القبلة وجاء جبريل عليه الصلاة والسلام الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يقرئه سلام حبيب رضي الله عنه فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم له وقال هو أفضل الشهداء وهو رفيقي في الجنة فبهذا تبين أن الامتناع أفضل وعن أبي عبيدة أيضا في قوله تعالى (من كفر بالله من بعد إيمانه) قال ذلك عمار بن ياسر رضي الله عنه (ولكن من شرح بالكفر صدرا) عبد الله بن أبي سرح فانه كان يكتب الوحي لرسول الله صلى الله عليه وسلم فلما أخذه المشركون وأكرهوه على ما أكرهوا عليه عمار بن ياسر رضى الله عنه أجابهم الى ذلك معتقدا فأكرموه وكان معهم الى أن فتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة فجاء به عثمان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله أن يبايعه وفيه قصة وهو المراد بقوله تعالى ولكن من شرح بالكفر صدرا فعرفنا انه اذا بدل الاعتقاد يحكم بكفره مكرها كان أو طائعا وهذا

لانه لاضرورة الى تبديل الاعتقاد فانه لا اطلاع لاحد من العباد على اعتقاده وهو المراد أيضا من قوله تعالى من كفر بالله من بعد إيمانه فأما قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان فهو عمار بن ياسر رضي الله عنه وقد ذكرنا قصته وعن جابر الجعفى انه سأل الشعبي رحمه الله عن الرجل يأمر عبده أن يقتل رجلا قال فيها ثلاثة أقاويل قائل يقتل العبد وآخر قال يقتل المولى والعبد وآخر قال يقتل المولى والمراد بيان حكم القصاص عند القتل مكرها انه على من يجب فان أمر المولى عبده بمنزلة الاكراه لانه يخاف على نفسه ان خالف أمره كأمر السلطان في حق رعيته ثم لم يذكر القول الرابع وهو الذي ذهب اليه أبو يوسف انه لايقتل واحد منهما وكان هذا القول لم يكن فى السلف وانما سبق به أبو يوسف رحمه الله واستحسنه وبيان المسئلة يأتى فى موضعه وفى الحديث دليل ان المفتى لايقطع الجواب علي شئ ولكن يذكر أقاويل العلماء فى الحادثة كما فعلها الشعبي رحمه الله ولكن هذا اذا كان المستفتى ممن يمكنه التمييز بين الاقاويل ويرجح بعضها على البعض فان كان بحيث لايمكنه ذلك فلا يحصل مقصوده ببيان أقاويل العلماء رحمهم الله فلا بد للمفتى من أن يبين له أصح الاقاويل عنده للاخذ به وعن الحسن البصرى رحمه الله التقية جائزة للمؤمن الى يوم القيامة الا انه كان لايجعل فى القتل تقية وبه نأخذ والتقية ان يقى نفسه من العقوبة بما يظهره وان كان يضمر خلافه وقد كان بعض الناس يأبى ذلك ويقول انه من النفاق والصحيح ان ذلك جائز لقوله تعالى الا أن تتقوا منهم تقاة واجراء كلمة الشرك على اللسان مكرها مع طمأنينة القلب بالايمان من باب التقية وقد بينا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رخص فيه لعمار بن ياسر رضى الله عنه الا أن هذا النوع من التقية يجوز لغير الانبياء والرسل عليهم الصلاة والسلام فأما فى حق المرسلين صلوات الله عليهم أجمعين فما كان يجوز ذلك فيما يرجع الى أصل الدعوة الى الدين الحق وقد جوّزه بعض الروافض لعنهم الله ولكن تجويز ذلك محال لانه يؤدى الى أن لايقطع القول بما هو شريعة لاحتمال أن يكون قال ذلك أوفعله تقية والقول بهذا محال وقوله الا أنه كان لايجعل فى القتل تقية يعنى اذا أكره على قتل مسلم ليس له أن يقتله لما فيه من طاعة المخلوق فى معصية الخالق وايثار روحه على روح من هو مثله فى الحرمة وذلك لايجوز وبهذا يتبين عظم حرمة المؤمن لان الشرك بالله أعظم الاشياء وزرا وأشدها تحريما قال الله تعالى تكاد السموات يتفطرن منه الى قوله عزوجل أن دعوا للرحمن ولدا ثم يباح له اجراء كلمة الكفر فى حالة الاكراه

ولا يباح الاقدام على القتل فى حالة الاكراه فيه يتبين عظم حرمة المؤمن عند الله تعالى وهو مراد ابن عباس رضى الله عنه انما التقية باللسان ليس باليد يعنى القتل والتقية باللسان هو اجراء كلمة الكفر مكرها وعن حذيفة رضى الله عنه قال فتنة السوط أشد من فتنة السيف قالوا له وكيف ذلك قال ان الرجل ليضرب بالسوط حتى يركب الخشب يعنى الذى يراد صلبه يضرب بالسوط حتى يصعد السلم وان كان يعلم ماراد به اذا صعد وفيه دليل ان الاكراه كما يتحقق بالتهديد بالقتل يتحقق بالتهديد بالضرب الذى يخاف منه التلف والمراد بالفتنة العذاب قال الله تعالى ذوقوا فتنتكم وقال الله تعالى ان الذين فتنوا المؤمنين والمؤمنات أى عذبوهم فمناه عذاب السوط أشد من عذاب السيف لان الالم فى القتل بالسيف يكون فى ساعته وتوالى الالم فى الضرب بالسوط الى أن يكون آخره الموت وقد كان حذيفة رضى الله عنه ممن يستعمل التقية على ماروى أنه يدارى رجلا فقيل له انك منافق فقال لا ولكنى أشترى دينى بعضه ببعض مخافة أن يذهب كله وقد ابتلى ببعض ذلك فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم على ماروى أن المشركين أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله فى غزوه فلما تخلص منهم جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وأخبره بذلك فقال عليه الصلاة والسلام أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم وذكر عن مسروق رحمه الله قال بعث معاوية رضى الله عنه بتماثيل من صفر تباع بأرض الهند فمر بها على مسروق رحمه الله قال والله لو أنى أعلم أنه يقتلنى لغرقتها ولكنى أخاف أن يعذبنى فيفتننى والله لا أدرى أى الرجلين معاوية رجل قد زين له سوء عمله أورجل قد يئس من الآخرة فهو يتمتع فى الدنيا وقيل هذه تماثيل كانت أصيبت فى الغنيمة فأمر معاوية رضى الله عنه ببيعها بأرض الهند ليتخذ بها الاسلحة والكراع للغزاة فيكون دليلا لابى حنيفة رحمه الله فى جواز بيع الصنم والصليب ممن يعبده كما هو طريقة القياس وقد استعظم ذلك مسروق رحمه الله كما هو طريق الاستحسان الذى ذهب اليه أبو يوسف ومحمد رحمهما الله فى كراهة ذلك ومسروق من علماء التابعين وكان يزاحم الصحابة رضى الله عنهم فى الفتوى وقد رجع ابن عباس الى قوله فى مسئلة النذر بذبح الولد ولكن مع هذا قول معاوية رضى الله عنه مقدم على قوله وقد كانوا فى المجتهدات يلحق بعضهم الوعيد بالبعض كما قال على رضى الله عنه من أراد أن يتقحم جراثيم جهنم فليقل فى الجد بقول زيد رضى الله عنه وانما قلنا هذا لانه لايظن بمسروق رحمه الله انه قال فى

معاوية رضى الله عنه ماقال عن اعتقاد وقد كان هو من كبار الصحابة رضى الله عنهم وكان كاتب الوحى وكان أمير المؤمنين وقد أخبره رسول الله صلى الله عليه وسلم بالملك بعده فقال له عليه السلام يوما اذا ملكت أمر أمتى فاحسن اليهم الا أن نوبته كانت بعد انتهاء نوبة على رضى الله عنه ومضي مدة الخلافة فكان هو مخطئا فى مزاحمة على رضى الله عنه تاركا لما هو واجب عليه من الانقياد له لايجوز أن يقال فيه أكثر من هذا ويحكى أن أبا بكر محمد بن الفضل رحمه الله كان ينال منه فى الابتداء فرأى فى منامه كان شعرة تدلت من لسانه الي موضع قدمه فهو يطؤها ويتألم من ذلك ويقطر الدم من لسانه فسأل المعبر عن ذلك فقال انك تنال من واحد من كبار الصحابة رضى الله عنه فاياك ثم اياك وقد قيل فى تأويل الحديث أيضا ان تلك التماثيل كانت صغارا لاتبدو للناظر من بعد ولا بأس باتخاذ مثل ذلك على ماروى انه وجد خاتم دانيال عليه السلام فى زمن عمر رضى الله عنه كان عليه نقش رجل بين أسدين يلحسانه وكان على خاتم أبى هريرة ذبابتان فعرفنا انه لا بأس باتخاذ ماصغر من ذلك ولكن مسروقا رحمه الله كان يبالغ فى الاحتياط فلا يجوز اتخاذ شئ من ذلك ولا بيعه ثم كان تغريق ذلك من الامر بالمعروف عنده وقد ترك ذلك مخافة على نفسه وفيه تبيين أنه لا بأس باستعمال التقية وانه يرخص له فى ترك بعض ماهو فرض عند خوف التلف على نفسه ومقصوده من ايراد الحديث ان يبين أن التعذيب بالسوط يتحقق فيه الاكراه كما يتحقق فى القتل لانه قال لو علمت انه يقتلني لغرقتها ولكن أخاف أن يعذبنى فيفتننى فتبين بهذا أن فتنة السوط أشد من فتنة السيف وعن جابر بن عبد الله رضي الله عنه قال لاجناح علىّ فى طاعة الظالم اذا أكرهنى عليها وانما أراد بيان جواز التقية فى اجراء كلمة الكفر اذا أكرهه المشرك عليها فالظالم هو الكافر قال الله تعالي والكافرون هم الظالمون ولم يرد به طاعة الظالم فى القتل لان الاثم على المكره فى القتل لايندفع بعذر الاكراه بل اذا قدم على القتل كان آثما اثم القتل علي مابينه والله أعلم

باب مايكره عليه اللصوص غير المتأولين

(قال رحمه الله) ولو أن لصوصا من المسلمين غير المتأولين أو من أهل الدمة تجمعوا فغلبوا على مصر من امصار المسلمين وأمروا عليهم أميرا فأخذوا رجلا فقالوا لنقتلنك

أو لتشربن هذا الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لحم هذا الخنزير ففعل شيأ من ذلك كان عندنا في سعة لان حرمة هذه الاشياء ثابتة بالشرع وهى مفسدة بحالة الاختيار فان الله تعالى استثنى حالة الضرورة من التحريم بقوله عز وجل الا ما اضطررتم اليه والكلام المقيد بالاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وقد تحققت الضرورة هنا لخوف التلف على نفسه بسبب الاكراه فالتحقت هذه الاعيان في حالة الضرورة بسائر الاطعمة والاشربة فكان في سعة من التناول منها وان لم يفعل ذلك حتى يقتل كان آثما وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يكون آثما وكذلك هذا فيمن أصابته مخمصة فلم يتناول من الميتة حتى مات فعلى ظاهر الرواية يكون آثما وعلى رواية أبي يوسف لا يكون آثما فالاصل عند أبي يوسف أن الاثم ينتفي عن المضطر ولا تنكشف الحرمة بالضرورة قال الله تعالى فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه وقال تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وهذا لان الحرمة بصفة انها ميتة أو خمر وبالضرورة لا ينعدم ذلك فاذا امتنع كان امتناعه من الحرام فلا يكون آثما فيه وجه ظاهر الرواية ان الحرمة لا تتناول حالة الضرورة لانها مستثناة بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فاما أن يقال يصير الكلام عبارة عما وراء المستثنى وقد كان مباحا قبل التحريم فبقي على ما كان في حالة الضرورة أو يقال الاستثناء من التحريم اباحة واذا ثبتت الاباحة في حالة الضرورة فامتناعه من التناول حتى تلف كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى تلفت نفسه فيكون آثما في ذلك وصفة الخمرية توجب الحرمة لمعنى الرفق بالمتناول وهو ان يمنعه من استعمال عقله ويصده عن ذكر الله وعن الصلاة وكذلك لحم الخنزير لما في طبع الخنزير من الانتهاب وللغذاء أثر في الخلق والرفق هنا في الاباحة عند الضرورة لان اتلاف البعض أهون من اتلاف الكل وفي الامتناع من التناول هلاك الكل فتثبت الاباحة في هذه الحالة لهذا المعنى وكذلك لو أوعد بقطع عضو أو بضرب مائة سوط أو أقل منها مما يخاف على نفسه أو عضو من أعضائه لان حرمة الاعضاء كحرمة النفس (ألا ترى) أن المضطر كما لا يباح له قتل الانسان ليأكل من لحمه لا يباح له قطع عضو من أعضائه والضرب الذي يخاف منه التلف بمنزلة القتل على ما بينا أن فتنة السوط أشد من فتنة السيف والاعضاء في هذا سواء حتى لو أوعده بقطع أصبع أو أنملة يتحقق به الالجاء فكل ذلك محرم باحترام النفس تبعا لها ولو أوعده بضرب سوط أو سوطين لم يسعه

تناول ذلك لانه لا يخاف على نفسه ولا على عضو من أعضائه بما هدده به انما يغمه ذلك أو يؤلمه ألما يسيرا والالجاء لايتحقق به (ألا ترى) أن بالاكراه بالحبس والقيد لايتحقق الالجاء حتى لايباح له تناول هذه الاشياء والغم الذى يصيبه بالحبس ربما يزيد على ما يصيبه بضرب سوط أو سوطين (ألا ترى) أن الجهال يتهازلون فيما بينهم بهذا المقدار وكذلك كل ضرب لايخاف منه تلف نفس أو ذهاب عضو فى أكثر الرأى وما يقع فى القلب لان غالب الرأى يقام مقام الحقيقة فيما لاطريق الى معرفته حقيقة قال وقد وقت بعضهم في ذلك أدنى الحدود أربعين سوطا فان هدد باقل منها لم يسعه الاقدام على ذلك لان مادون الاربعين مشروع بطريق التعزير والتعزير يقام على وجه يكون زاجرا لامتلفا ولكنا نقول نصب المقدار بالرأى لايكون ولانص فى التقدير هنا وأحوال الناس تختلف باختلاف تحمل أبدانهم للضرب وخلافه فلا طريق سوى رجوع المكره الى غالب رأيه فان وقع فى غالب رأيه أنه لاتتلف به نفسه ولاعضو من أعضائه لا يصير ملجأ وان خاف على نفسه التلف منه يصير ملجأ وان كان التهديد بعشرة أسواط وهكذا نقول في التعزير للامام أن يبلغ بالتعزير تسعة وثلاثين سوطا اذا كان فى أكثر رأيه انه لايتلف به نفسه ولا عضوا من أعضائه وكذلك ان تغلب هؤلاء اللصوص على بلد ولكنهم أخذوا رجلا فى طريق أو مصر لا يقدر فيها على غوث لان المعتبر خوفه التلف على نفسه وذلك بتمكنهم من ايقاع ما هددوه به قبل أن يحضر الغوث ولو توعدوه على شئ من ذلك بحبس سنة أو بقيد ذلك من غير أن يمنعوه طعاما ولا شرابا لم يسعه الاقدام على شئ من ذلك لان الحبس والقيد يوجب الهم والحزن ولا يخاف منه على نفس ولا عضو ولدفع الحزن لا يسعه تناول الحرام (ألا ترى) ان شارب الخمر فى العادة انما يقصد بشربها دفع الهم والحزن عن نفسه ولو تحقق الالجاء بالحبس لتحقق بحبس يوم أو نحوه وذلك بعيد وان قالوا لنجيعنك أو لتفعلن بعض ماذكرنا لم ينبغ له أن يفعل ذلك حتى يجئ من الجوع ما يخاف منه التلف لان الجوع شئ يهيج من طبعه وبادي الجوع لا يخاف منه التلف انما يخاف التلف عند نهاية الجوع بان تخلو المعدة عن مواد الطعام فتحترق وشئ منه لايوجد عند أدنى الجوع (ألا ترى) ان الاكراه فى هذا معتبر بالضرورة والمضطر الذى يخاف على نفسه من العطش والجوع يباح له تناول الميتة وشرب الخمر ولا يباح له ذلك عند أدنى الجوع مالم يخف التلف على نفسه وهذا بخلاف ماتقدم اذا هددوه بضرب سوط

فان هنالك يباح له التناول ولا يلزمه أن يصبر الى أن يبلغ الضرب حدا يخاف منه التلف على نفسه لان الضرب فعل الغير به فينظر الى ما هدده به فاذا كان يخاف منه التلف يباح الاقدام عليه باعتبار ان تمكنه من ايقاع ماهدده به يجعل كحقيقة الايقاع والجوع هنا يهيج من طبعه وليس هو فعل الغير به فانما يعتبر القدر الموجود منه وقد قيل انما يعتبر اذا كان يعلم أن الجوع صار بحيث يخاف منه التلف وأراد أن يتناول مكنوه من ذلك فاما اذا كان يعلم انه لو صبر الى تلك الحالة ثم أراد أن يتناول لم يمكنوه من ذلك فليس له أن يتناول الا اذا كان بحيث يلحقه الموت الى أن ينتهى حاله الى ذلك فحينئذ لا يسعه الاقدام عليه بادني الجوع قال وكل شئ جاز له فيه تناول هذه المحرمات من الاكراه فكذلك يجوز عندنا الكفر بالله اذا أكره عليه وقلبه مطمئن بالايمان وهذا يجوز فى العبادة فان حرمة الكفر حرمة ثابتة مضمنة لا تنكشف بحال ولكن مراده أنه يجوز له اجراء كلمة الشرك على اللسان مع طمأنينة القلب بالايمان لان الالجاء قد تحقق والرخصة فى اجراء كلمة الشرك ثابتة فى حق الملجأ بشرط طمانينة القلب بالايمان الا أن هنا ان امتنع كان مثابا على ذلك لان الحرمة باقية فهو فى الامتناع متمسك بالعزيمة والمتمسك بالعزيمة أفضل من المترخص بالرخصة قال وقد بلغنا عن ابن مسعود رضي الله عنه قال مامن كلام أتكلم به يدرأ عنى ضربتين بسوط غير ذى سلطان الا كنت متكلما به وانما نضع هذا على الرخصة فيما فيه الالم الشديد وان كان من سوطين فاما أن نقول السوطان اللذان لا يخاف منهما تلف يوجبان الرخصة له فى اجراء كلمة الشرك فهذا مما لا يجوز أن يظن بعبد الله رضى الله عنه وأما تصرف هذا اللفظ منه على سبيل المثل فلبيان الرخصة عند خوف التلف وقيل السوطان فى حقه كان يخاف منهما التلف لضعف نفسه فقد كان بهذه الصفة على ماروى انه صعد شجرة يوما فضحكت الصحابة رضى الله عنهم من دقة ساقيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تضحكوا فهما ثقيلان فى الميزان ولو أن هؤلاء اللصوص قالوا شيأ من ذلك للرجل والرجل لا يرى انهم يقدمون عليه لم يسعه الاقدام على المحرم لان المعتبر خوف التلف ولا يصير خائفا التلف اذا كان يعلم انهم لا يقدمون عليه وان هددوه به وقد بينا ان مالا طريق الى معرفته حقيقة يعتبر فيه غالب الرأى فان كان لا يخاف أن يقدموا عليه فى أول مرة حتى يعاودوه لم ينبغ له أن يقدم على ذلك حتى يعاودوه وهذا على مايقع فى القلب (ألا ترى) انك لو رأيت رجلا ينقب عليك دارك من

خارج أودخل عليك ليلا من الثقب بالسيف وخفت ان أنذرته يضربك وكان على أكثر رأيك ذلك وسعك أن تقتله قبل أن تعلمه اذا خفت أن يسبقك ان أعلمته وفى هذا اتلاف نفس ثم أجاز الاعتماد على غالب الرأى لتعذر الوقوع على حقيقته فكذلك فيما سبق ولو هددوه بقتل أو اتلاف عضو أو بحبس أو قيد ليقر لهذا الرجل بالف درهم فأقر له به فالاقرار باطل أما اذا هددوه بما يخاف منه التلف فهو ملجأ الي الاقرار محمول عليه والاقرار خبر متميل بين الصدق والكذب فانما يوجب الحق باعتبار رجحان جانب الصدق وذلك ينعدم بالالجاء وكذلك ان هددوه بحبس أو قيد لان الرضا ينعدم بالحبس والقيد بما يلحقه من الهم والحزن به وانعدام الرضا يمنع ترجيح جانب الصدق فى اقراره ثم قد بينا أن الاكراه نظير الهزل ومن هزل باقراره لغيره وتصادقا على انه هزل بذلك لم يلزمه شئ فكذلك اذا أكره عليه * فان قيل لماذا لم يجعل هذا بمنزلة شرط الخيار وشرط الخيار يمنع صحة الاقرار *قلنا لا كذلك بل متى صح شرط الخيار مع الاقرار بالمال لايجب المال حتى لو قال كفلت لفلان عن فلان بألف درهم على انى بالخيار لايلزمه المال وأما اذا أطلق الاقرار بالمال وهو خبر عن الماضي فلا يصح معه شرط الخيار والاكراه هنا متحقق فانما يعتبر بموضع يصح فيه اشتراط الخيار وهذا بخلاف ماتقدم من تناول الحرام لان المؤثر هناك الالجاء وذلك ما يخاف منه التلف وهنا المانع من وجوب المال انعدام الرضا بالالتزام وقد انعدم الرضا بالاكراه وان كان بحبس أوقيد قال شريح رحمه الله القيد كره والوعيد كره والضرب كره والسجن كره وقال عمر رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بامين اذا ضربت أوبذت أوجوعت أى هو ليس بطائع عند خوف هذه الاشياء واذا لم يكن طائعا كان مكرها ولو توعدوه بضرب سوط واحد أوحبس يوم أو قيد يوم على الاقرار بألف فأقر به كان الاقرار جائزا لانه لايصير مكرها بهذا القدر من الحبس والقيد فالجهال قد يتهازلون به فيما بينهم فيحبس الرجل صاحبه يوما أو بعض يوم أو يقيده من غير أن يغمه ذلك وقد يفعل المرء ذلك بنفسه فيجعل القيد فى رجله ثم يمشى تشبها بالمقيد أرأيت لو قالوا له لنطرقنك طرقة أو لنسمنك أو لنقرّن به أما كان اقراره جائزا والحد فى الحبس الذى هو اكراه فى هذا مايجيء منه الاغتمام البين وفى الضرب الذى هو اكراه ما يجد منه الالم الشديد وليس فى ذلك حد لا يزاد علي ذلك ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأى لايكون ولكن ذلك على قدر

ما يرى الحاكم اذا رفع ذلك اليه فارأى أنه اكراه أبطل الاقرار به لان ذلك يختلف باختلاف أحوال الناس فالوجيه الذى يضع الحبس من جاهه تأثير الحبس والقيد يوما فى حقه فوق تأثير حبس شهر فى حق غيره فلهذا لم نقدر فيه بشيء وجعلناه موكولا الى رأى القاضى ليبنى ذلك على حال من ابتلى به ولو أكرهوه على أن يقر لرجل بألف درهم فأقر له بخمسمائة كان باطلا لانهم حين أكرهوه على ألف فقد أكرهوه على أقل منها فالخمسمائة بعض الالف ومن ضرورة امتناع صحة الاقرار بالالف اذا كان مكرها امتناع صحة اقراره بما هو دونه ولان هذا من عادات الظلمة أنهم يكرهون المرء على الاقرار وبذل الخط بألف ويقنعون منه ببعضه فبهذا الطريق جعل مكرها على مادون الالف ولو أقر بالفين لزمه ألف درهم لانه طائع فى الاقرار فى احد الالفين وليس من عادات الظلمة أن يتحكموا على المرء بمال ومرادهم أكثر من ذلك وفرق أبو حنيفة بين هذا وبين ما اذا شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين فان هناك لا تقبل الشهادة على شيء وقال هناك لا يصح اقراره بقدر ألف وتصح الزيادة لان فى الشهادة تعتبر الموافقة من الشاهدين لفظا ومعنى وقد انعدمت الموافقة لفظا فالالف غير الالفين وهنا المكره مضار متعنت فانما يعتبر فى حقه المعنى دون اللفظ وقد قصد الاضرار به بالزام الالف اياه باقراره فيرد عليه قصده ولا يلزمه الالف بما أقر به ويلزمه ما زاد عليه ولو أقر بألف دينار لزمته لان الدراهم والدنانير جنسان حقيقة فيكون هو طائعا فى جميع ما أقر به من الجنس الآخر ولا يقال الدراهم والدنانير جعلا كجنس واحد فى الاحكام لان هذا فى الانشا آت فاما فى الاخبارات فهما جنسان كما فى الدعوى والشهادة فانه اذا ادعى الدراهم وشهد له الشهود بالدنانير لا تقبل والاقرار اخبار هنا فالدراهم والدنانير فيه جنسان وكذلك ان أقر له بنصف غير ما أكرهوه عليه من المكيل أو الموزون فهو طائع متى أقر به ولو أكرهوه على أنه يقر له بألف فأقر له ولفلان الغائب بألف فالاقرار كله باطل فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف سواء أقر الغائب بالشركة أو انكرها وقال محمد ان صدقه الغائب فيما أقر به بطل الاقرار كله وان قال لى عليه نصف هذا المال ولا شركة بينى وبين هذا الذى أكرهوه على الاقرار له جاز الاقرار للغائب بنصف المال وأصل المسئلة ما بيناه فى الاقرار ان المريض اذا أقر لوارثه ولاجنبى بدين عند أبى حنيفة وأبى يوسف الاقرار باطل على كل حال لانه أقر بأن المال مشترك بينهما ولا وجه لاثبات الشركة للوارث فيبطل الاقرار

كله وهنا أقر بالمال مشتركا بينهما ولا وجه لاثبات الشركة لمن أكره على الاقرار له فكان الاقرار باطلا وكذلك عند محمد ان صدقه الاجنبي بالشركة وان كذبه فله نصف المال لانه أقر له بنصف المال وادعى عليه شركة الوارث معه وهنا أيضا أقر للغائب بنصف المال طائعا وادعى عليه شركة الحاضر معه فكان اقراره للغائب بنصف المال صحيحا ودعواه الشركة باطلة ولو أكرهوه على هبة جاريته لعبد الله فوهبها لعبد الله وزيد وقبضاها بامره جازت فى حصة زيد لانه ملكه نصف الجارية طائعا والشيوع فيما لا يحتمل القسمة لا يمنع صحة الهبة وبطلت فى حصة عبد الله بالاكراه ثم الهبة انشاء التصرف فبطلانه فى نصيب من أكره عليه لا يمنع من صحته فى نصيب الآخر كالوصية فان من أوصى لوارثه ولاجنبي جازت الوصية فى نصيب الاجنبي بخلاف الاقرار ولو كان ذلك فى ألف درهم بطلت الهبة كلها أما عند أبى حنيفة فلانه لا يجوز هبة ما يحتمل القسمة من رجلين اذا كان طائعا فى حقهما فاذا كان مكرها فى حق أحدهما كان أولى وأما عند أبى يوسف ومحمد فانما لا يجوز هنا لان الهبة بطلت فى نصيب عبد الله من الاصل فلو صحت فى نصيب زيد كانت فى مشاع يحتمل القسمة وذلك يمنع صحة الهبة (ألا ترى) أنه لو وهب داره من رجل فاستحق نصفها بطلت الهبة فى الثانى واستشهد لهذا بما لو اشترى دارا وهو شفيعها مع رجل غائب فقبضها ووهبها وسلمها ثم حضر الغائب فأخذ نصفها بالشفعة بطلت الهبة فى النصف الآخر لان فى النصف المأخوذ بالشفعة الهبة تبطل من الاصل وكذلك لو وهب لرجل دارا على أن يعوضه من نصفها خمرا فالهبة تبطل فى النصف الباقى لبطلانها فى النصف الذى شرط فيه الخمر عوضا وهذا بخلاف المريض اذا وهب داره من انسان ولا مال له غيرها ثم مات فان الهبة تنتقض فى الثلثين لحق الورثة وتبقى فى الثلث صحيحة لان الهبة فى الكل صحيحة فى الابتداء وانما تنتقض فى الثلثين لحق الورثة بعد موت الواهب فكان الشيوع فى الثلث طارئا وذلك لا يبطل الهبة كما لو وهب داره من انسان ثم رجع فى نصفها وفيما تقدم من المسائل المبطل للهبة فى النصف مقترن بالسبب فبطلت الهبة فى ذلك النصف من الاصل فالشيوع فى النصف الباقى يكون مقارنا لا طارئا ولو أكرهوه على هبة جاريته لرجل ودفعها اليه فوهب ودفع فاعتقها الموهوب له جاز عتقه وغرم المعتق قيمتها أما قوله ولو دفعها اليه فهو فصل من الكلام فان الاكراه على الهبة يكون اكراها على الدفع بخلاف الاكراه على البيع فانه لا يكون اكراها

على التسليم والعرق أن المكره مضار متعنت والهبة لا توجب الملك بنفسها ما لم يتصل بها القبض فاذا كان الضرر الذى قصده المكره وهو ازالة ملكه لا يحصل الا بالقبض تعدى الاكراه اليه وان لم ينص عليه فأما البيع فوجب الملك بنفسه والاضرار به يتحقق متى صح فلا يتعدى الاكراه عن البيع الى شئ آخر واذا سلم بعد ذلك بغير أمره كان طائعا فى التسليم ويوضحه أن القبض فى باب البيع يوجب ملك التصرف وذلك حكم آخر غير ما هو الموجب الاصلى بالبيع وهو ملك العين فلا يتعدى الاكراه اليه بدون التنصيص عليه وأما القبض فى باب الهبة فيوجب الملك الذى هو حكم الهبة وهو ملك العين فلهذا كان الاكراه على الهبة اكراها على التسليم ثم بسبب الاكراه تفسد الهبة ولكن الهبة الفاسدة توجب الملك بعد القبض كالهبة الصحيحة بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض فاذا أعتقها أو دبرها أو استولدها فقد لاقى هذه التصرفات منه ملك نفسه فكانت نافذة وعليه ضمان قيمتها لان رد العين كان مستحقا عليه وقد تعذر بنفوذ تصرفه فيه فعليه قيمتها كالمشتراة شراء فاسدا واذا شاء المكره فى هذا كله رجع على الذين أكرهوه بقيمتها لانهم أتلفوا عليه ملكه فان الاكراه بوعيد متلف يجعل المكره ملجأ وذلك يوجب كون المكره آلة للمكره ونسبة الفعل اليه فيما يصلح أن يكون آلة وهو فى التسليم والاتلاف الحاصل به يصلح أن يكون آلة للمكره فاذا صار الاتلاف منسوبا الى المكره كان ضامنا للقيمة فان ضمنهم القيمة رجعوا بها على الموهوب له لانهم قاموا فى الرجوع عليه مقام من ضمنهم ولانهم ملكوها بالضمان ولو كانت قائمة من هذا الموهوب له كان لهم أن يأخذوها منه واذا أتلفوها بالاعتاق كان لهم أن يضمنوه قيمتها فان قيل لماذا لا تنفذ الهبة من جهتهم قلنا لانهم ما وهبوها له وانما قصدوا الاضرار بالمكره لا التبرع من جهتهم بخلاف الغاصب اذا وهب المغصوب ثم ضمن القيمة فان هناك قصد تنفيذ الهبة من جهته فاذا ملكه بالضمان نفذت الهبة من جهته كما قصدها ولذلك لو أكرهوه على البيع والتسليم ففعل فأعتقه المشترى أو دبره أو كانت أمة فاستولدها نفذ ذلك كله عندنا وقال زفر لا ينفذ شئ من ذلك وأصل المسئلة أن المشترى من المكره بالقبض يصير مالكا عندنا خلافا لزفر رحمه الله وحجته فى ذلك أن بيع المكره دون البيع بشرط الخيار للبائع فالبائع هناك راض بأصل السبب والبيع هناك يتم بموت البائع وهنا لا يتم ثم هناك المشترى لا يملكه بالقبض فهنا أولى اذ بيع المكره كبيع الهازل

ولو تصادقا انه كان البيع بينهما هزلا لم يملك المشترى المبيع بالقبض فكذلك اذا كان البائع مكرها وكلامه فى الاكراه بالقتل أوضح لان الفعل ينعدم فى جانب المكره بالالجاء فيصير كان المكره باشر ذلك بنفسه فلا يملكه المشترى بالقبض وان كان لو أجازه المالك طوعا صح ٭ وحجتنا فى ذلك أن بيع المكره فاسد والمشترى بالقبض بحكم البيع الفاسد يصير مالكا وبيان الوصف ان ماهو ركن العقد لم ينعدم بالاكراه وهو الايجاب والقبول فى محله وانما انعدم ماهو شرط الجواز وهو الرضى قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انعدام شرط الجواز فى افساد العقد كما هو فى الربا فان المساواة فى أموال الربا شرط جواز العقد فاذا انعدمت المساواة كان العقد فاسدا وكان الملك ثابتا للمشترى بالقبض فهذا مثله بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل الشرط وهذا لان قوله على انى بالخيار شرط ولكن لا يمكن ادخاله على أصل السبب لان البيع لا يحتمل التعليق بالشرط فيكون داخلا على حكم السبب لان الحكم يحتمل التأخر عن السبب وبهذا تبين أن البائع هناك غير راض بالسبب فى الحال لانه علقه بالشرط فلا يتم رضاه به قبل الشرط فكان أضعف من بيع المكره لان المكره راض بالسبب لدفع الشر عن نفسه غير راض بحكم السبب والخيار الثابت للمكره من طريق الحكم فيكون نظير خيار الرؤية وخيار العيب وذلك لا يمنع انعقاد السبب فى الحكم مقيدا لحكمه فكذلك بيع المكره وكذلك الهازل فانه غير راض باصل البيع لان البيع اسم للجد الذى له فى الشرع حكم والهزل ضد الجد فاذا تصادقا على انهما لم يباشرا ماهو سبب الملك لا ينعقد البيع بينهما موجبا للملك وهنا المكره دعي الى الجد وقد أجاب الى ذلك لانه لو أتى بغيره كان طائعا فكان بيع المكره أقوى من بيع الهازل من هذا الوجه وانما ينعدم الفعل فى جانب المكره اذا صار منسوبا الى المكره وذلك يقتصر على ما يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره وفى البيع لا يصلح أن يكون هو آلة للمكره لان التكلم بلسان الغير لا يتحقق فيه المكره مباشرا للبيع فان قيل هو فى التسليم يصلح أن يكون آلة للمكره فينتقل ذلك الى المكره ويصير كانه سلم بنفسه فلا يملكه المشترى ٭ قلت هو فى التسليم متمم للعقد فلا يصلح أن يكون آلة للمكره وانما يصلح أن يكون آلة للمكره فى تسليم ابتداء غصب وثبوت الملك فى البيع الفاسد لا ينبنى على ذلك وانما ينبنى على تسليم هو حكم العقد وذلك متصور على المكره

أيضا وضحه انه لا تأثير للاكراه فى تبديل محل الفعل ولو أخرجاهذا التسليم من أن يكون متمما للعقد جعلناه غصبا ابتداء بنسبته الى المكره فيتبدل بسبب الاكراه ذات الفعل واذا كان لا يجوز أن يتبدل محل الفعل بسبب الاكراه فكيف يجوز أن تتبدل ذاته ومن أصحابنا رحمهم الله من قال لتنفيذ عتق المشترى من غير تعرض للملك فنقول ايجاب البيع مطلقا تسليط للمشترى على العتق والاكراه لا يمنع صحة التسليط على العتق ونفوذ العتق بحكمه كما لا يمنع الاكراه صحة الاعتاق (ألا ترى) انه لو أكره على أن يوكل فى عتق عبده ففعل وأعتقه الوكيل نفذ عتقه فهذا مثله واذا ثبت نفوذ العتق والتدبير والاستيلاد فقد تعذر على المشترى رد عينها فيضمن قيمتها للبائع فان شاء البائع ضمن الذين أكرهوه لان العقد وما يتممه وان لم يصر مضافا اليهم فالاتلاف الحاصل به يصير مضافا اليهم فى حق البائع لان المكره يصلح أن يكون آلة لهم فى الاتلاف فكان له أن يضمنهم قيمتها ثم يرجعون بها على المشترى لانهم قاموا مقام البائع أو لانهم ملكوها بالضمان ولا يمكن تنفيذ البيع من جهتهم فيرجعون على المشترى بقيمتها لانه أتلفها عليهم طوعا بالاعتاق ولو ان المشترى أتلفها والموهوب له لم يفعل بها ذلك ولكنه باعها أو وهبها وسلمها أو كاتبها كان لمولاها المكره أن ينقض جميع ذلك لان هذه التصرفات تحتمل النقض فينقض لحق المكره بخلاف العتق (ألا ترى) أن العتق لا ينتقض لحق المرتهن والبيع والهبة والكتابة تنقض لحقه * فان قيل فأين ذهب قولكم ان بيع المكره فاسد والمشترى شراء فاسدا لا ينقض منه هذه التصرفات بعد القبض لحق البائع * قلنا لان هناك البائع سلم المبيع راضيا به فيصير بالتسليم مسلطا للمشترى على هذه التصرفات وهنا المكره غير راض بالتسليم ولو رضى بالتسليم تم البيع فوزانه المشترى شراء فاسدا اذا أكره البائع على التسليم فسلمه مكرها وهذا لان الفاسد معتبر بالصحيح وفي البيع الصحيح اذا قبضه المشترى بغير اذن البائع وتصرف فيه ينقض من تصرفاته مايحتمل النقض لابقاء حق البائع فى الحبس دون مالا يحتمل النقض قال وليس فى شئ يكره عليه الانسان الا وهو يرد الا ماجرى فيه عتق أو تدبير أو ولادة أو طلاق أو نكاح أو نذر أو رجعة فى العدة أو فى الايلاء ممن لا يقدر على الجماع فان هذه الاشياء تجوز فى الاكراه ولا ترد وأصل المسألة أن تصرفات المكره قولا منعقد عندنا الا أن ما يحتمل الفسخ منه كالبيع والاجارة يفسخ وما لا يحتمل الفسخ منه كالطلاق والنكاح والعتاق وجميع ما سمينا فهو لازم وقال الشافعى تصرفات المكره قولا

يكون لغوا اذا كان الاكراه بغير حق بمنزلة تصرفات الصبي والمجنون ويستوى ان كان الاكراه بحبس أوقتل *وحجته فى ذلك قوله تعالى لا اكراه فى الدين والمراد نفى الحكم لما يكره عليه المرء فى الدين قال عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه فهذا يدل على ان ما يكره عليه يكون مرفوعا عنه حكمه واثمه وعينه الا بدليل والمعنى فيه ان هذا قول موجب للحرمة فالاكراه الباطل عليه يمنع حصول الفرقة كالردة وتأثيره ان انعقاد التصرفات شرعا بكلام يصدر عن قصد واختيار معتبر شرعا ولهذا لا ينعقد شئ من ذلك بكلام الصبي والمجنون والنائم وليس للمكره اختيار صحيح معتبر شرعا فيما تكلم به بل هو مكره عليه والاكراه يضاد الاختيار فوجب اعتبار هذا الاكراه فى انعدام اختياره به لكونه اكراها بالباطل ولكونه معذورا فى ذلك فاذا لم يبق له قصد معتبر شرعا التحق بالمجنون بخلاف العنين اذا أكرهه القاضى على الفرقة بعد مضى المدة أو المولى بعدها لان ذلك اكراه بحق لا نعدام اختياره شرعا (ألا ترى) ان المديون اذا أكرهه القاضى على بيع ماله نفذ بيعه والذمى اذا أسلم عبده فاجبر على بيعه نفذ بيعه بخلاف ما اذا أكرهه على البيع بغير حق قال وعلى هذا قلت واذا أكره الحربى على الاسلام صح اسلامه ولو أكره المستأمن أو الذمى على الاسلام لا يصح اسلامه لانه اكراه بالباطل ولا يدخل فيه السكران فانه غير معذور شرعا فهو فى المعنى كالمكره بحق فيكون قصده واختياره معتبرا شرعا ولهذا نفذ منه جميع التصرفات ولهذا صح اقراره بالطلاق هناك ولا يصح هنا اقراره بالطلاق بالاتفاق فكذلك انشاؤه وهذا بخلاف الهازل لانه قاصد الى التكلم بالطلاق مختار له فان باب الهزل واسع فلما اختار عند الهزل التكلم بالطلاق من بين سائر الكلمات عرفنا انه مختار للفظ وان لم يكن مريدا لحكمه فأما المكره فغير مختار فى التكلم بالطلاق هنا لانه لا يحصل له النجاة اذا تكلم بشئ آخر وهذا بخلاف ما اذا أكره على أن يجامع امرأة وهى أم امرأته فانها تحرم عليه لانا ادعينا هذا فى الاقوال التى يكون ثبوتها شرعا بناء على اختيار صحيح فأما الافعال فتحققها بوجودها حسا (ألا ترى) انه اذا تحقق ذلك من المجنون كان موجبا للفرقة أيضا فكذلك من المكره بخلاف ما نحن فيه ولان سبب الاكراه محافظة قدر الملك على المكره حتى قلنا فى الاكراه على العتق المكره يضمن القيمة للمكره وكما تجب محافظة قدر ملكه عليه تجب محافظة عين ملكه عليه ولا طريق لذلك سوى أن يجعل الفعل عدما فى جانب المكره ويجعل هو آلة

للمكره واذا صار آلة له امتنع وقوع الطلاق والعتاق ولا معنى لقولكم انه فى التكلم لا يصلح آلة فانكم جعلتموه آلة حيث أوجبتم ضمان القيمة على المكره فى العتاق وضمان نصف الصداق على المكره فى الطلاق قبل الدخول ثم ان لم يمكن أن يجعل آلة حتى يصير الفعل موجودا من المكره يجعل آلة حتى ينعدم الفعل فى جانب المكره فيلغو طلاقه وعتاقه ٭وحجتنا فى ذلك ما روينا من الآثار فى أول الكتاب والمعنى فيه انه تصرف من أهله فى محله فلا يلغى كما لو كان طائعا وبيانه ان هذا التصرف كلام والاهلية للكلام يكون مميزا ومخاطبا وبالاكراه لا ينعدم ذلك وقد بينا أنه مخاطب فى غير ما أكره عليه وكذلك فيما أكره عليه حتى يتنوع عليه الامر كما قررنا وهذا لان الخطاب ينبني على اعتدال الحال وذلك لا يختلف فيه أحوال الناس فأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال فى توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعا تيسيرا للامر على الناس وبسبب الاكراه لا ينعدم هذا المعنى والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفى دار الحكم معه وجودا او عدما وبيان المحلية أنه ملكه ولولم يكن مكرها لكان تصرفه مصادفا محله وليس للطواعية تأثير فى جعل ماليس بمحل محلا فعرفنا ان التصرف صادف محله الا أن بسبب الاكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ولا ينعدم أصل القصد والاختيار لان المكره عرف الشرين فاختار أهونهما وهذا دليل حسن اختياره فكيف يكون مفسد الاختياره وهو قاصد اليه أيضا لانه قصد دفع الشر عن نفسه ولا يتوصل اليه الا بايقاع الطلاق وما لا يتوصل الى المقصود الا به يكون مقصودا فعرفنا أنه قاصد مختار ولكن لا لعينه بل لدفع الشر عنه فيكون بمنزلة الهازل من حيث انه قاصد الى التكلم مختار له لا لحكمه بل لغيره وهو الهزل ثم طلاق الهازل واقع فبه يتبين ان الرضا بالحكم بعد القصد الى السبب والاختيار له غير معتبر وقد بينا ان حال المكره فى اعتبار كلامه فوق حال الهازل لان الحكم للجد من الكلام والهزل ضد الجد والمكره يتكلم بالجد لانه يجيب الى ما دعى اليه ولكنه غير راض بحكمه وهذا بخلاف الردة فانها تنبني على الاعتقاد وهو التكلم يخبر عن اعتقاده وقيام السيف على رأسه دليل ظاهر على انه غير معتقد وانه فى إخباره كاذب وكذلك الاقرار بالطلاق والاقرار متميل بين الصدق والكذب وانما يصح من الطائع لترجح جانب الصدق فان دينه وعقله يدعوانه الى ذلك وفى حق المكره قيام السيف على رأسه دليل على انه كذب والمخبر عنه اذا كان كاذبا فالاخبار به لا يصير صدقا فان أقر به

المقر باختياره لا يصير كائنا حقيقة وهذا بخلاف ما اذا هزل بالردة لان هناك انما يحكم بكفره لاستخفافه بالدين فان الهازل مستخف لامحالة اذ الاستخفاف بالدين كفر فاما المكره فغير مستخف ولا معتقد المخبر به مكرها ثم ان وجب محافظة قدر الملك على المكره فذلك لايدل على انه يجب محافظة عين الملك عليه كما لو أعتق أحد الشريكين نصيبه من العبد وهو موسر فانه يجب محافظة قدر الملك على الساكت بايجاب الضمان له على المعتق ولا يجب محافظة عين ملكه بابطال عتق المعتق وهذا لانه مكره على شيئين التكلم بالعتاق والاتلاف وهو فى التكلم لايصلح آلة للمكره لان تكلمه بلسان الغير لا يتحقق وفى الاتلاف يصلح آلة له فجعلنا الاتلاف مضافا الى المكره فأوجبنا الضمان عليه وجعلنا التكلم بالطلاق والعتاق مقصورا على المكره فحكمنا بنفوذ قوله بان المكره ينبغى أن يجعل آلة حتى ينعدم التكلم فى جانبه حكما قلنا هذا شئ لايمكن تحقيقه هنا فان الخلاف فى الاكراه بالقتل والاكراه بالحبس سواء وعند الاكراه بالحبس لا ينعدم الفعل فى جانب المكره بحال ثم نقول ليس للاكراه تأثير فى الاهدار والالغاء (ألا ترى) ان المكره على اتلاف المال لا يجعل فعله لغوا بمنزلة فعل التهمة ولكن يجعل موجبا للضمان على المكره فعرفنا ان تأثير الاكراه فى تبديل النسبة حتى يكون الفعل منسوبا الى المكره وهذا يقتصر على مايصلح أن يكون المكره آلة للمكره فلو اعتبرناذلك لاعدم الفعل فى جانب المكره من غير أن يصير منسوبا الى المكره كان تأثير الاكراه فى الالغاء وذلك لايجوز والمراد بالآية الحديث نفى الاثم لارفع الحكم وبه نقول ان الاثم يرتفع بالاكراه حتى لو أكرهه على ايقاع الطلاق الثلاث أو الطلاق حالة الحيض لا يكون آثما اذا ثبت ان تصرفاته تنعقد شرعا فالا يكون محتملا للفسخ بعد وقوعه يلزم من المكره وما لا يعتمد تمام الرضا يكون لازما منه والطلاق والعتاق لايعتمد تمام الرضا حتى أن شرط الخيار لايمنع وقوعهما وما يحتمل الفسخ ويعتمد لزومه تمام الرضا قلنا لايكون لازما اذا صدر من المكره الا أن يرضى به بعد زوال الاكراه صريحا أو دلالة فحينئذ يلزم لوجود الرضا منه به فان باع المشترى من المكره العبد من غيره وأعتقه المشترى الآخر نفذ عتقه لان المشترى من المكره ملك بالشراء وان كان للمكره حق الفسخ كما كان المشترى منه مالكا بالشراء وان كان له حق الفسخ الا ان عتق المشترى من المكره قبل القبض لاينفذ وعتق المشترى من المشترى من المكره نافذ قبضه أو لم يقبضه

لان بيع المكره فاسد فالمشترى منه لايصير مالكا الا بالقبض فأما بيع المشترى منه فصحيح وان كان للمكره حق الفسخ كالمشترى اذا قبض المبيع بغير اذن البائع وباعه صح بيعه وان كان للبائع حق الفسخ فاذا صح البيع ملكه بنفس العقد وينفذ عتقه فيه ويصير بالعتق قابضا له يوضحه أن المشتري بايجاب البيع لغيره يصير مسلطا له على العتق وهو لو أعتق بنفسه نفذ عتقه فينفذ عتق المشترى منه بتسليطه أيضا ثم كان للمولى الخيار ان شاء ضمن المكره قيمته اذا كان الوعيد بقتل لان الاتلاف صار منسوبا اليه وان شاء ضمن الذى أخذه منه لانه قبضه بشراء فاسد وقد تعذر رده وان شاء ضمن الذى أعتقه لانه أتلف المالية فيه بالاعتاق والعتق ينفذ من جهته حتى يثبت الولاء له فان ضمن المكره رجع المكره بالقيمة ان شاء على المشترى الاول وان شاء على المشترى الثانى لانه قام مقام المكره بعد ماضمن له ولانه ملكه بالضمان وكل واحد منهما متعد فى حقه فيضمن أيهما شاء فان ضمن المشترى الآخر المكره أو المكره رجع على المشترى الاول لان استرداد قيمته منه كاسترداد عينه وذلك مبطل للبيعين جميعا فيرجع هو بالثمن على المشترى الاول ويرجع المشترى الاول بالثمن على مولاه وان ضمن المكره المشترى الاول أوضمنه المكره نفذ البيع بين المشترى الاول والمشترى الآخر وكان الثمن له لانه كان باع ملك نفسه وكان البيع صحيحا فيما بينهما الا انه كان للمكره حق الفسخ فاذا سقط حقه بوصول القيمة اليه وقد تقرر الملك للمشترى الاول نفذ البيع بينه وبين المشترى الآخر ولو كان الاكراه بقيد أو حبس أو قتل على أن يبيعها منه بالف درهم وقيمتها عشرة آلاف فباعها منه باقل من ألف درهم ففى القياس هذا البيع جائز لانه أتى بعقد آخر سوى ماأكره عليه فالبيع بخمسمائة غير البيع بالف بدليل الدعوى والشهادة واذا أتى بعقد آخر كان طائما فيه كما لو أكره على البيع فوهب له وفى الاستحسان البيع باطل لانه اذا أكرهه على البيع بالف فقد أكرهه على البيع بأقل من ألف لان قصد المكره الاضرار بالمكره وفى معنى الاضرار هذا البيع فوق البيع بألف فكان هو محصلا مقصود المكره فلهذا كان مكرها (ألا ترى) أن الوكيل بالبيع بألف اذا باع بألفين ينفذ على الموكل والوكيل بشراء عين بألف اذا اشتراها بخمسمائة ينفذ على الموكل لان فى هذا تحصيل مقصود الموكل فوق ما أمره به فلا يعد خلافا ولو باعه بأكثر من ألف كان البيع جائزا لان هذا فى معنى الاضرار دون ماأمره به المكره فلم يكن

هو محصلا مقصود المكره فيما باشره وهذا لان الممتنع من البيع بألف لايكون ممتنعا من البيع بألفين والممتنع من البيع بألف يكون ممتنعا من البيع بخمسمائة ولو أكرهوه على البيع ووهبه نفذ ذلك لان الممتنع من البيع قد لايكون ممتنعا من الهبة للقصد الى الانعام ثم هو مخالف للمكره فى جنس ما أمره به فلا يكون محصلا مقصود المكره بل يكون طائعا بخلافه كالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار بخلاف البيع بخمسمائة فهناك ماخالف المكره فى جنس ما أمره به وتحصيل مقصود المكره فيما باشره أتم فكان مكرها وكذلك لو أكرهوه على أن يقر له بألف درهم فوهب له ألف درهم جاز لان الهبة غير الاقرار الاقرار من التجارة والهبة تبرع والممتنع من الاقرار قد لايكون ممتنعا من الهبة فكان هو فى الهبة طائعا ولو أكرهوه على بيع جاريته ولم يسموا أحدا فباعها من انسان كان البيع باطلا لان قصد المكره الاضرار بالمكره لامنفعة المشترى وان لم يبين المشترى لايتمكن الخلل فى مقصود المكره فكان هو مكرها فى البيع ممن باعه ولو أخذوه بمال ليؤديه وذلك المال أصله باطل فأكرهوه على أدائه ولم يذكروا له بيع جاريته فباعها ليؤدى ذلك المال فالبيع جائز لانه طائع فى البيع وانما أكره على اداء المال ووجهه أن بيع الجارية غير متعين لاداء المال فقد يتحقق اداء المال بطريق الاستقراض والاستيهاب من غير بيع الجارية وهذا هو عادة الظلمة اذا أرادوا أن يصادروا رجلا يحكمون عليه بالمال ولا يذكرون له بيع شئ من ملكه حتى اذا باعه ينفذ بيعه فالحيلة لمن ابتلى بذلك أن يقول من أين أؤدي ولا مال لى فاذا قال له الظالم بع جاريتك فالآن يصير مكرها على بيعها فلا ينفذ بيعها ولو أكرهوه على أن يبيع جاريته من فلان بألف درهم فباعها منه بقيمة ألف درهم دنانير جاز البيع فى القياس لان الدراهم والدنانير جنسان حقيقة وهو فى الاستحسان باطل لانهما فى المعنى والمقصود جنس واحد وقد بينا فيما تقدم ان فى الانشاآت جعلا كجنس واحد كما فى شراء ماباع بأقل مما باع وفى شراء المضارب باحد النقدين ورأس المال من النقد الآخر وفى الاخبارات هما جنسان مختلفان وبهذا يتضح الفرق بين هذا وبين الاقرار الذى سبق فالاقرار اخبار والدراهم والدنانير فى ذلك جنسان مختلفان وهنا انما أكره على انشاء البيع والدراهم والدنانير فى ذلك جنس واحد فكان البيع باطلا ولو أكرهوه على أن يبيعها بألف درهم فباعها بعرض أو حنطة أو شعير جاز البيع بكل حال لان البيع يختلف باختلاف العرض وهو آت بعقد آخر سوى

ما أكره عليه حقيقة وحكما وقد يمتنع الانسان من البيع بالنقد ولا يمتنع من البيع بالعرض لماله من الغرض فى ذلك العرض وقد يمتنع من البيع بالعرض ولا يمتنع من البيع بالنقد فالمكره على احد النوعين يكون طائعا فى العقد الآخر اذا باشره والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على العتق والطلاق والنكاح

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أكره بوعيد قتل على عتق عبده فأعتقه نفذ العتق عندنا لما بينا أنه فى التكلم بالعتق لا يمكن أن يجعل آلة للمكره فيبقى تكلمه مقصورا عليه ويصير به معتقا لان الاكراه وان كان يفسد اختياره لكن لا يخرجه من أن يكون مخاطبا وفيما يمكن نسبته الى المكره يجعل المكره آلة له فرجح الاختيار الصحيح على الاختيار الفاسد وفيما لا يمكن نسبته الى المكره يبقى مضافا الى المكره بما له من الاختيار الفاسد وعلى المكره ضمان قيمته لان فى حكم الاتلاف المكره يصلح آلة للمكره فيصير الاتلاف مضافا الى المكره ترجيحا للاختيار الصحيح على الاختيار الفاسد ويستوى ان كان المكره موسرا أو معسرا لان وجوب هذا الضمان باعتبار مباشرة الاتلاف فيكون جبرانا لحق المتلف عليه وذلك لا يختلف باليسارة والعسرة ولا سعاية على العبد لانه نفذ العتق فيه من جهة مالكه ولا حق لاحد فى ماله بخلاف المريض يعتق عبده وعليه دين فهناك يجب السعاية لحق الغرماء وكذلك اذا أعتق المرهون وهو معسر فانه يجب السعاية على العبد لحق المرتهن والمحجور عليه للسفه اذا أعتق عبده تجب السعاية على العبد فى قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول رحمه الله لان بالحجر عليه صار هو فى حكم التصرف ناقص الملك لوجوب النظر له شرعا وهنا بعذر الاكراه لم يصر ناقص الملك ومعنى النظر يتم بايجاب الضمان على المكره ثم الولاء يكون للمكره لانه هو المعتق والولاء لمن أعتق وثبوت الولاء له يبطل حقه فى تضمين المكره كما لو شهد شاهدان على رجل أنه أعتق عبده ثم رجعا بعد القضاء ضمنا قيمته والولاء ثابت للمولى وهذا لان الولاء كالنسب ليس بمال متقوم وليس للمكره أن يرجع على العبد بشئ لانه قام مقام المولى ولا سبيل للمولى على العبد فى الاستسعاء ولان المكره لم يصر مالكا للعبد بالضمان (ألا ترى) أن الولاء للمكره فان كان العبدين رجلين فأكره أحدهما حتى أعتقه جاز عتقه ثم على قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله العتق لا يتجزأ فيعتق العبد

كله والولاء للمعتق وعلى المكره ان كان موسرا ضمان جميع القيمة بينهما نصفين لانه صار
متلفا الملك عليهما وان كان معسرا ضمن نصيب المكره لانه باشر اتلاف نصيبه ويستسعى العبد
في قيمة نصيب الشريك الآخر لانه لم يوجد من المكره اتلاف نصيب الشريك قصدا
ولكنه تعدى اليه التلف حكما فيكون هو بمنزلة شريك المعتق والمعتق اذا كان معسرا
لا يجب عليه ضمان نصيب شريكه ولكن يجب على العبد السعاية في نصيب شريكه لانه قد
سلم له ذلك القدر من رقبته ولا يرجع واحد منهما على صاحبه بشئ أما على العبد فلانه سعى
في بدل ماسلم له وأما المكره فلانه ضمن بمباشرة الاتلاف وأما في قياس قول أبي حنيفة
رحمه الله فالمكره ضامن لنصيب المكره موسرا كان أو معسرا وفي نصيب الساكت ان
كان المكره موسرا فالساكت بالخيار ان شاء أعتق نصيبه وان شاء استسعاه في نصيبه وان
شاء ضمن المكره قيمة نصيبه فان ضمنه يرجع المكره بهذا النصف من القيمة على العبد
فاستسعاه فيه لانه قام مقام الساكت في ذلك وصار متملكا لنصيبه باداء الضمان والولاء بين
المكره والمكره نصفان وان كان المكره معسرا فللساكت حق الاستسعاء والاعتاق والولاء
بينه وبين المكره نصفان لانه عتق نصيب كل واحد منهما على ملكه ، ولو أكره بوعيد
تلف على أن يطلق امرأته ثلاثا ففعل ولم يدخل بها بانت منه لما قلنا وعلى الزوج نصف
الصداق ان كان سمى لها مهرا والمتعة ان لم يكن سمى لها مهرا ويرجع بذلك على المكره لانه
هو الذي ألزمه ذلك المال حكما فان وقوع الفرقة قبل الدخول في حال الحياة مسقط لجميع
الصداق الا اذا كان بسبب مضاف الى الزوج فحينئذ يجب نصف الصداق بالنص
والمكره هو الذي جعل الفرقة مضافة الى الزوج باكراهه فكأنه ألزم الزوج ذلك المال
أو فوت يده من ذلك المال فيلزمه ضمانه كالغاصب وبهذا الطريق يضمن شاهدا الطلاق قبل
الدخول ولو كان الزوج قد دخل بها لم يرجع على المكره بشئ لان الصداق كله تقرر على
الزوج بالدخول والمكره انما أتلف عليه ملك النكاح وملك النكاح لا يتقوم بالاتلاف على
الزوج عندنا ولهذا لا نوجب على شاهدى الطلاق بعد الدخول ضمانا عند الرجوع ولا على
المرأة ان ارتدت بعد الدخول ولا على القاتل لمنكوحة الغير خلافا للشافعي رحمه الله
فانه يجعل البضع مضمونا بمهر المثل عند الاتلاف على الزوج كما هو مضمون بمهر المثل
عند دخوله في ملك الزوج ولكنا نقول البضع ليس بمال متقوم فلا يجوز أن يكون مضمونا

بالمال لانه لا مماثلة بين ماهو مال وبين ماليس بمال وتقومه عند النكاح لاظهار خطر المملوك وهذا الخطر للمملوك لا للملك الوارد عليه (ألا ترى) أن إزالة الملك بغير شهود وبغير ولي صحيح فلا حاجة الى اظهار الخطر عند الاتلاف فلهذا لايضمن المتلف شيأ ولو أن رجلا اكره امرأة أبيه فجامعها يريد به الفساد على أبيه ولم يدخل بها أبوه كان لها على الزوج نصف المهر لان الفرقة وقعت بسبب مضاف الى الاب وهو حرمة المصاهرة ويرجع بذلك على ابنه لانه هو الذى ألزمه ذلك حكما وان كان الاب قد دخل بها لم يرجع على الابن بشيء لما قلنا وهذا الفصل أورده لايضاح ماسبق وقوله يريد به الفساد أى يكون قصده افساد النكاح فأما الزنا فلايكون افسادا ولو أكره بوعيد قتل أو حبس حتى تزوج امرأة على عشرة آلاف درهم ومهر مثلها ألف درهم جاز النكاح لما بينا أن الجد والهزل في النكاح والطلاق والعتاق سواء فكذلك الاكراه والطواعية وللمرأة مقدار مهر مثلها لان التزام المال يعتمد تمام الرضا ويختلف بالجد والهزل فيختلف أيضا بالاكراه والطوع فلا يصح من الزوج التزام المال مكرها الا أن مقدار مهر المثل يجب لصحة النكاح لامحالة (ألا ترى) أن بدون التسمية يجب فعند قبول التسمية فيه مكرها أولى أن يجب وما زاد على ذلك يبطل لانعدام الرضا من الزوج بالتزامه ولو أن المرأة هي التى أكرهت ببعض ماذكرنا على أن تزوج نفسها منه بألف ومهر مثلها عشرة آلاف فزوجها أولياؤها مكرهين فالنكاح جائز ولا ضمان على المكره فيه لان البضع ليس بمال متقوم وتقومه على المتملك باعتبار ثبوت الملك له لما هو مصون عن الابتذال وهذا المعنى لايوجد فى حق المكره ثم يقول القاضى للزوج ان شئت فأتم لها مهر مثلها وهى امرأتك ان كان كفؤا لها فان أبى فرق بينهما ولا شيء لها والحاصل أن الزوج ان كان كفؤا لها ثبت لها الخيار لما يلحقها من الضرر بنقصان حقها عن صداق مثلها والزوج متمكن من ازالة هذا الضرر بان يلتزم لها كمال مهر مثلها فان التزم ذلك فالنكاح بينهما لازم وان أبى فرق بينهما ولا شيء لها ان لم يكن دخل بها وان كان دخل بها مكرهة فلها تمام مهر مثلها لانعدام الرضا منها بالنقصان ولاخيار لها بعد ذلك لان الضرر اندفع حين استحقت كمال مهر مثلها وان دخل بها وهى طائعة أورضيت بماسمي لها فعند أبى حنيفة للاولياء حق الاعتراض وعندهما ليس لهم ذلك وأصله فيما اذا زوجت المرأة نفسها من كفؤ بدون صداق مثلها وقد بيناه فى كتاب النكاح وان لم يكن الزوج كفؤا لها فلها

أن لا ترضي بالمقام معه سواء التزم الزوج لها كمال مهر المثل أو لم يلتزم دخل بها أو لم يدخل بها لما يلحقها من الضرر من استفراش من لا يكافئها فان دخل بها وهي طائعة أو رضيت فللاولياء أن يفرقوا بينهما لان للاولياء حق طلب الكفاءة (ألا ترى) انها لو زوجت نفسها طائعة من غير كفؤ كان للاولياء حق الاعتراض فهنا أيضا لم يوجد من الاولياء الرضا بسقوط حقهم في الكفاءة والزوج لا يتمكن من ازالة عدم الكفاءة فيكون للاولياء أن يفرقوا بينهما سواء رضي بأن يتم لها مهر مثلها أو لم يرض بذلك ولو ان رجلا وجب له على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فأكره بوعيد قتل أو حبس حتى عفا فالعفو جائز لان العفو عن القصاص نظير الطلاق في أن الهزل والجد فيه سواء فانه ابطال ملك الاستيفاء وليس فيه من معنى الملك شيء ولا ضمان له على الجاني لان الجاني لم يلتزم له عوضا ولم يتملك عليه شيأ وتقوم النفس بالمال عند الخطأ لصيانة النفس عن الاهدار وهذا لا يوجد عند الاسقاط بالعفو لانه مندوب اليه في الشرع والبدل فيه صحيح ولا ضمان على المكره لانه لم يستهلك عليه مالا متقوما فان التمكن من استيفاء القصاص ليس بمال متقوم ولهذا لا يضمن شهود العفو اذا رجعوا ومن عليه القصاص اذا قتله انسان لا يضمن لمن له القصاص شيأ وكذلك اذا مات من عليه القصاص لا يكون ضامنا لمن له القصاص شيأ فكذلك المكره ولو وجب لرجل على رجل حق من مال أو كفالة بنفس أو غير ذلك فأكره بوعيد قتل أو حبس حتى أبرأ من ذلك الحق كان باطلا لان صحة الابراء تعتمد تمام الرضا وبسبب الاكراه ينعدم الرضا وهذا لان الابراء عن الدين وان كان اسقاطا ولكن فيه معنى التمليك ولهذا يرتد برد المديون وابراء الكفيل فرع لابراء الاصيل والكفالة بالنفس من حقوق المال لان صحتها باعتبار دعوى المال فلهذا لا تصح البراءة في هذه الفصول مع الاكراه كما لا تصح مع الهزل وكذلك لو أكره على تسليم الشفعة بعد ما طلبها لان تسليم الشفعة من باب التجارة كالاخذ بالشفعة ولهذا ملكه الاب والوصي في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله والتجارة تعتمد تمام الرضا وذلك ينعدم بالاكراه ولو كان الشفيع حين علم بها أراد أن يتكلم بطلبها فأكره حتى سد فمه ولم يتركه ينطق يوما أو أكثر من ذلك كان على شفعته اذا خلى عنه فان طلب عند ذلك والا بطلت شفعته لان المسقط للشفعة ترك الطلب بعد التمكن منه (ألا ترى) أن ترك الطلب قبل العلم بالبيع لا يبطل الشفعة لانعدام تمكنه من الطلب

وهو لم يكن متمكنا من الطلب هنا حين سد فمه أو قيل له لئن تكلمت بطلب شفعتك لنقتلك أو لنحبسنك فهذا لا يبطل شفعته فأما بعد زوال الاكراه اذا لم يطلب بطلت شفعته لترك الطلب بعد التمكن فان قيل أليس أن الاكراه بمنزلة الهزل والهازل بتسليم الشفعة تبطل شفعته فكذلك المكره على تسليم الشفعة قلنا اذا هزل بتسليم الشفعة قبل الطلب بطلت شفعته لترك الطلب مع الامكان لا بالهزل بالتسليم فأما اذا طلب الشفعة ثم سلمها هازلا واتفقا أنه كان هازلا فى التسليم لم تبطل شفعته لما بينا أنه بمنزلة التجارة يعتمد تمام الرضا فان قال المشتري انه لم يكف عن الطلب للاكراه ولكنه لم يرد أخذها بالشفعة وقال الشفيع ما كففت الا للاكراه فالقول قول الشفيع لان قيام السيف على رأسه دليل ظاهر على أنه انما كف عن الطلب للاكراه ولكنه يحلف بالله ما منعه من طلب الشفعة الا الاكراه لان المشتري ادعى عليه ما لو أقر به لزمه فاذا أنكره استحلف عليه ولو أن رجلا أكرهه أهل الشرك على أن يكفر بالله وله امرأة مسلمة ففعل ثم خلى سبيله فقالت قد كفرت بالله تعالى وبنت منك وقال الرجل انما أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالايمان ففى القياس القول قولها ويفرق بينهما لانه لا طريق لنا الى معرفة سره فوجب بناء الحكم على ظاهر ما نسمعه منه وهذا لان الشرع أقام الظاهر الذى يوقف عليه مقام الخفى الذى لا يمكن الوقوف عليه للتيسير على الناس فباعتبار الظاهر قد سمع منه كلمة الردة فتبين منه امرأته ولكنه استحسن فقال القول قوله مع يمينه لان النبي عليه الصلاة والسلام قبل قول عمار رضى الله عنه ولم يجدد النكاح بينه وبين امرأته ولان الظاهر شاهد له فان امتناعه من اجراء كلمة الشرك حتى تحقق الاكراه دليل على أنه مطمئن القلب بالايمان وانه ما قصد بالكلام الا دفع الشر عن نفسه وهذا بخلاف ما اذا أكره على الاسلام فانه يحكم باسلامه لان الاسلام مما يجب اعتقاده فذلك دليل على أنه قال ما قال معتقدا وهو معارض للاكراه فعند تعارض الدليلين يصار الى ظاهر ما سمع منه واما الشرك مما لا يجوز اعتقاده والاكراه فدليل على أنه معتقد فلهذا لا يحكم بردته اذا أجرى كلمة الشرك مكرها والله أعلم

باب ما يكره أن يفعله بنفسه أو ماله

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أكرهه لص بالقتل على قطع يد نفسه فهو ان شاء الله

فى سعة من ذلك لانه ابتلى ببليتين فله أن يختار أهونهما عليه لحديث عائشة رضى الله عنها قالت ماخير رسول الله صلى الله عليه وسلم بين أمرين الا اختار أيسرهما ثم حرمة الطرف تابعة لحرمة النفس والتابع لايعارض الاصل ولكن يترجح جانب الاصل ففى اقدامه على قطع اليد مراعاة حرمة نفسه وفى امتناعه من ذلك تعريض النفس وتلف النفس يوجب تلف الاطراف لامحالة ولا شك ان اتلاف البعض لابقاء الكل يكون أولى من اتلاف الكل (ألا ترى) أن من وقعت فى يده أكلة يباح له أن يقطع يده ليدفع به الهلاك عن نفسه وقد فعله عروة بن الزبير رضي الله عنه فهذا المكره فى معنى ذلك من وجه لانه يدفع الهلاك عن نفسه بقطع طرفه الا انه قيده بالمشيئة هنا لان هذا ليس فى معنى الاكلة من كل وجه وحرمة الطرف كحرمة النفس من وجه فلهذا تحرز عن الاثبات فى الجواب وقال ان شاء الله في سعة من ذلك فان قطع يد نفسه ثم خاصم المكره فيه قضى القاضى له على المكره بالقود لان القطع صار منسوبا الى المكره لما تحقق الاكراه على مابينه فى مسئلة المكره على القتل فكان المكره باشر قطع يده وهذا ظاهر على قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وانما الاشكال على قول أبي يوسف رحمه الله فانه لايوجب القود على المكره فقيل فى هذا الفصل لاقود عليه عند أبي يوسف أيضا ولكن يلزمه ارش اليد فى ماله وقيل هنا يجب القود عنده لانه انما يجعل المكره آلة فى قتل الغير لكونه آثما لايحل له الاقدام على القتل وهنا يحل للمكره الاقدام على قطع يده فكان هو آلة بمنزلة المكره على اتلاف المال فيجب القود على المكره ولو أكرهه على أن يطرح نفسه فى النار بوعيد قتل فهو ان شاء الله فى سعة من ذلك أما ان كان يرجو النجاة من النار فانه يلقى نفسه على قصد النجاة وان كان لايرجو النجاة فكذلك الجواب لان من الناس من يختار ألم النار على ألم السيف ومنهم من يختار ألم السيف وربما يكون فى النار بعض الراحة له وان كان يأتى على نفسه وقيل على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لايسعه أن يلقى نفسه اذا كان لا يرجو النجاة فيه لانه لو ألقى نفسه صار مقتولا بفعل نفسه ولو امتنع من ذلك صار مقتولا بفعل المكره وحيث يسعه الالقاء فلوليه القود على المكره وهذا لايشكل عند أبي حنيفة ومحمد وكذلك عند أبى يوسف فى الصحيح من الجواب لانه لما أبيح له الاقدام صار آلة للمكره وكذلك لو أكرهه على أن يطرح نفسه من فوق بيت الا أن فى هذا الموضع عند أبى حنيفة لايجب القود كما لو ألقاه المكره بنفسه وعندهما اذا كان

ذلك مما يقتل غالبا فهو والقاء النفس فى النار سواء وكذلك لو أكرهه على أن يطرح نفسه فى ماء وهنا القود لايجب على المكره عند أبي حنيفة كما لو ألقاه بنفسه وكذلك عندهما اذا كان يرجى النجاة منه وان كان مما يقتل غالبا يجب القود على المكره واستدل بحديث زيد بن وهب قال استعمل عمر بن الخطاب رجلا على جيش فخرج نحو الجبل فانتهى الى نهر ليس عليه جسر فى يوم بارد فقال أمير ذلك الجيش لرجل انزل فابغ لنا مخاضة نجوز فيها فقال الرجل انى اخاف ان دخلت الماء ان أموت قال فأكرهه فدخل الماء قال ياعمراه ياعمراه ثم لم يلبث ان هلك فبلغ ذلك عمر رضى الله عنه وهو فى سوق المدينة قال يالبيكاه يالبيكاه فبعث الى أمير ذلك الجيش فنزعه وقال لولا أن يكون سنة لاقدته منك ثم غرمه الدية وقال لاتعمل لى عملا أبدا قال وانما أمره الامير بهذا على غير ارادة قتله بل ليدخل الماء فينظر لهم مخاضة الماء فضمنه عمر رضى الله عنه ديته فكيف بمن أمره وهو يريد قتله بذلك وفيه دليل على انه يجب القود على المكره وانه يجب بغير السلاح ومعنى قوله أن يكون سنة يعنى فى حق من لايقصد القتل ويكون مخطئا فى ذلك فهو تنصيص على انه اذا كان قاصدا الى قتله بما لايلجئه فانه يستوجب القود وأبو حنيفة يقول انما قال عمر رضى الله عنه ذلك على سبيل التهديد وقد يهدد الامام بما لايتحقق ويتحرز فيه عن الكذب ببعض معاريض الكلام ولو قال لتقطعن يد نفسك أولا قطعتها انه لم يسعه قطعها لانه ليس بمكره فالمكره من ينجو عما هدد به بالاقدام على ماطلب منه وهنا فى الجانبين عليه ضرر قطع اليد واذا امتنع صارت يده مقطوعة بفعل المكره واذا أقدم عليه صارت مقطوعة بفعل نفسه وهو يتيقن بما يفعله بنفسه ولا يتيقن بما هدده به المكره فربما يخوفه بما لا يحققه فلهذا لايسعه قطعها ولو قطعها لم يكن على الذى أكرهه شيء لان نسبة الفعل الى المكره عند تحقق الاكراه والاكراه أن يدفع عن نفسه ماهو أعظم مما يقدم عليه وذلك لايوجد هنا فاذا لم يكن مكرها اقتصر حكم فعله عليه وكذلك لو قال له لتقتلن نفسك بهذا السيف أو لاقتلنك به لم يكن هذا اكراها لما قلنا ولو قال له لنقتلك بالسياط أو لتقتلن نفسك بهذا السيف أو ذكر له نوعا من القتل هو أشد عليه مما أمره أن يفعل بنفسه فقتل نفسه قتل به الذى أكرهه لان الاكراه هنا تحقق فانه قصد بالاقدام على ماطلب منه دفع ماهو أشد عليه فالقتل بالسياط أفحش وأشد على البدن من القتل بالسيف لان القتل بالسيف يكون فى لحظة وبالسياط يطول ويتوالى الالم واليه

أشار حذيفة رضى الله عنه حيث قال فتنة السوط أشد من فتنة السيف وكذلك مادون النفس لو قيل له لتحرقن يدك بالنار أو لتقطعنها بهذا الحديد فقطعها قطعت يد الذى أكرهه ان كان واحدا لتحقق الاكراه منه وان كان عددا لم يكن عليهم فى يده قود وعليهم دية اليد فى أموالهم بخلاف النفس وأصل هذا الفرق فى المباشرة حقيقة فانه لو قطع جماعة يد رجل لم يلزمهم القود عندنا ولو قتلوا رجلا كان عليهم القود ويأتى هذا الفرق فى كتاب الديات ان شاء الله تعالى ولو أكره بوعيد قتل على أن يطرح ماله فى البحر أو على ان يحرق ثيابه أو يكسر متاعه ففعل ذلك فالمكره ضامن لذلك كله لان اتلاف المال مما يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره فعند تحقق الالجاء يصير الفعل منسوبا للمكره فكأنه باشر الاتلاف بيده والشافعى فى هذا لا يخالفنا لان المكره يباح له الاقدام على اتلاف المال سواء كان له أو لغيره واذا صار الاقدام مباحا له كان هو آلة للمكره فالضمان على المكره خاصة وأصحابه خرجوا له قولين سوى هذا أحدهما أن الضمان يجب على المكره لصاحب المال لانه هو المتلف حقيقة ثم يرجع هو على المكره لانه هو الذى أوقعه فى هذه الورطة والثانى أن الضمان عليهما نصفان لان حقيقة الاتلاف وجد من المكره والقصد الى الاضرار وجد من المكره فكانا بمنزلة الشريكين فى الاتلاف ولكن الاول أصح لما قلنا وان أكرهه على ذلك بحبس أو قيد ففعله لم يكن على المكره ضمان ولا قود لان المكره انما يصير كالآلة عند تمام الالجاء وهو ما اذا خاف التلف على نفسه وليس فى التهديد بالحبس والقيد معنى خوف التلف على نفسه فيبقى الفعل مقصورا على المكره فيؤاخذ بحكمه وهذا لانه ليس فى الحبس والقيد الا هم يلحقه ومن يتلف مال الغير اختيارا فانما يقصد بذلك دفع الغم الذى يلحقه بحسده اياه على ما آتاه الله تعالى من المال فلا يجوز أن يكون ذلك مسقطا للضمان عنه ولو أكرهه بتلف على أن يأكل طعاما له أو يلبس ثوبا له فلبسه مكرها حتى تخرق لم يضمن المكره شيأ لانه ليس بفساد بل أمره أن يصرف مال نفسه الى حاجته وذلك لا يكون فسادا (ألا ترى) أن الاب والوصى يفعلان ذلك للصبي ولا يكون فسادا منهما ثم هذا من وجه أمر بالمعروف فان التقتير وترك الانفاق على نفسه بعد وجود السعة منهى عنه وفى الامر بالمعروف دفع الفساد فعرفنا ان ما أمره به ليس بفساد فلا يكون سببا لوجوب الضمان على المكره بخلاف احراق المال بالنار أو طرحه فى الماء فان ذلك فساد لا انتفاع بالمال ولو أكرهه بوعيد قتل على أن يقتل عبده بالسيف أو

على أن يقطع يده لم يسعه ان يفعل ذلك لان العبد فى حكم نفسه باق على أصل الحرية على ما بينا ان ذمته لا تدخل تحت القهر والملك فكما لا يسعه الاقدام على أن يفعل شيأ من ذلك بحر لو أكره عليه فكذلك العبد بخلاف سائر الاموال (ألا ترى) أن عند ضرورة المخمصة يجوز له أن يصرف ماله الى حاجته وليس له أن يقتل عبده ليأكل من لحمه فان فعله كان له أن يأخذ الذى أكرهه بقتله قودا بعبده ان كان مثله ويأخذ دية يده ان كان قطع يده بمنزلة ما لو باشر المكره ذلك بنفسه بناء على أصلنا أن القود يجرى بين الاحرار والمماليك فى النفس ولا يجرى فيما دون النفس وان كان الاكراه بحبس لم يكن على المكره شئ وانما عليه الادب بالضرب والحبس والالجاء لم يتحقق فكان فعل القتل مقصورا على المولى فلا يرجع على المكره بشئ وليس على المولى سوى الاثم لان الحق فى بدل نفس العبد للمولى ولا يستوجب هو على نفسه عقوبة ولا مالا فاما الاثم فهو حق الشرع وكما يصير آثما بالاقدام على قتل الحر مكرها لانه يؤثر روحه على روح من هو مثله فى الحرمة ويطيع المخلوق فى معصية الخالق وقد نهاه الشرع عن ذلك فكذلك المولى يكون آثما بهذا الطريق ولو ان قاضيا أكره رجلا بتهديد ضرب أو حبس أو قيد حتى يقر على نفسه بحد أو قصاص كان الاقرار باطلا لان الاقرار متمثل بين الصدق والكذب وانما يكون حجة اذا ترجح جانب الصدق على جانب الكذب والتهديد بالضرب والحبس يمنع رجحان جانب الصدق على ما قال عمر رضي الله عنه ليس الرجل على نفسه بامين اذا ضربت أو أوثقت ولم ينقل عن أحد من المتقدمين من أصحابنا رحمهم الله صحة الاقرار مع التهديد بالضرب والحبس فى حق السارق وغيره الا شئ روى عن الحسن بن زياد رضى الله عنه ان بعض الامراء بعث اليه وسأله عن ضرب السارق ليقر فقال مالم يقطع اللحم أو يبين العظم ثم ندم على مقالته وجاء بنفسه الى مجلس الامير ليمنعه من ذلك فوجده قد ضربه حتى اعترف وجاء بالمال فلما رأى المال موضوعا بين يدى الامير قال ما رأيت ظلما أشبه بالحق من هذا فان خلى سبيله بعد ما أقر مكرها ثم أخذ بعد ذلك فجئ به فاقر بما كان تهدد عليه بغير اكراه مستقبل أخذ بذلك كله لان اقراره الاول كان باطلا ولما خلى سبيله فقد انتهى حكم ذلك الاخذ والتهديد فصار كان لم يوجد أصلا حتى أخذ الآن فاقر بغير اكراه وان كان لم يخل سبيله ولكنه قال له وهو فى يده بعد ما أقر انى لا أؤاخذك باقرارك الذى أقررت به ولا أضربك ولا أحبسك ولا أعرض

لك فان شئت فأقر وان شئت فلا تقر وهو في يد القاضي على حاله لم يجز هذا الاقرار لان كينونته في يده حبس منه له وانما كان هدده بالحبس فما دام حابسا له كان أثر ذلك الاكراه باقيا وقوله لا أحبسك نوع غرور وخداع منه فلا ينعدم به أثر ذلك الاكراه ولان الظاهر انه انما أقر لاجل اقراره المتقدم فانه علم أنه لا ينفعه الانكار وأنه اذا تناقض كلامه يزداد التشديد عليه بخلاف الاول فهناك قد خلي سبيله وصار بحيث يتمكن من الذهاب ان شاء فينقطع به أثر ذلك الاكراه وان خلى سبيله ولم يتوار عن بصر القاضي حتى بعث من أخذه ورده اليه فأقر بالذى أقر به أول مرة من غير اكراه جديد فان هذا ليس بشئ لانه ما لم يتوار عن بصره فهو متمكن من أخذه وحبسه فيجعل ذلك بمنزلة ما لو كان في يده على حاله وان كان حين رده أول مرة لم يحبسه ولكنه هدده فلما أقر قال انى لست أصنع بك شيأ فان شئت فأقر وان شئت فدع فاقر لم يأخذه بشئ من ذلك لانه مادام في يده فكأنه محبوس في سجنه فكان أثر التهديد الاول قائما أرأيت لو خلي سبيله ثم بعث معه من يحفظه ثم رده اليه بعد ذلك فأقر أ كان يؤخذ بشئ من ذلك أولا يؤخذ به لان بدمن يحفظه له كيده فى ذلك ولو أكرهه قاض بضرب أو حبس حتى يقر بسرقة أو زنا أو شرب خمر أوقتل فأقر بذلك فأقامه عليه فان كان رجلا معروفا بما أقر له به الا أنه لا بينة عليه فالقياس أن يقتص من المكره فيما أمكن القصاص فيه ويضمن من ماله مالا يستطاع القصاص فيه لان اقراره كان باطلا والاقرار الباطل وجوده كعدمه فبقى هو مباشرا للجناية بغير حق فيلزمه القصاص فيما يستطاع فيه القصاص ولكن يستحسن أن يلزمه ضمان جميع ذلك فى ماله ويدرأ القصاص لان الرجل اذا كان معروفا بما أقر به على نفسه فالذى يقع فى قلب كل سامع انه صادق فى اقراره لما أقر به وذلك يورث شبهة والقصاص مما يندرئ بالشبهات ولان على قول أهل المدينة رحمهم الله للامام أن يجبر المعروف بذلك الفعل على الاقرار بالضرب والحبس فان مرتكب الكبيرة قل مايقر على نفسه طائعا واذا أقر به مكرها عندهم يصح اقراره وتقام عليه العقوبة فيصير اختلاف العلماء رحمهم الله شبهة والقاضى مجتهد فيما صنع فهذا اجتهاد فى موضعه من وجه فيكون مسقطا للقود عنه ولكن يلزمه المال لان المال مما يثبت مع الشبهات وبالاقرار الباطل لم تسقط حرمة نفسه وأطرافه فيصير ضامنا له مراعاة لحرمة نفسه وطرفه وان كان المكره غير معروف بشئ مما رمى به أخذت فيه بالقياس

وأوجبت القصاص على القاضي في مايستطاع فيه القصاص لانه اذا كان معروفا بالصلاح فالذي يسبق اليه أوهام الناس انه برئ الساحة مما رمى به وانما أقر على نفسه كاذبا بسبب الاكراه ونظير هذا ماقيل فيمن دخل على انسان بيته شاهرا سيفه مادا رمحه فقتله صاحب البيت ثم اختصم أولياؤه مع صاحب البيت فقال أولياؤه كان هاربا من اللصوص ملتجئا اليك وقال صاحب البيت بل كان لصا قصد قتلي فان كان المقتول رجلا معروفا بالصلاح فالقول قول الاولياء ويجب القصاص على صاحب البيت وان كان متهما بالدعارة ففي القياس كذلك وفي الاستحسان القول قول صاحب البيت ولا قصاص ولكن عليه الدية في ماله وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة لاشئ عليه لان الظاهر شاهد عليه انه كان دخل عليه مكابرا وانه قد أهدر دمه عليه بذلك ولكن في ظاهر الرواية يقول بمجرد الظاهر لايسقط حرمة النفوس المحترمة ولا يجوز اهدار الدماء المحقونة ولكن يصير الظاهر شبهة في اسقاط القود عنه فيجب عليه الدية في ماله صيانة لدم المقتول عن الهدر فكذلك ماسبق والله أعلم

باب تعدي العامل

(قال رحمه الله) واذا بعث الخليفة عاملا على كورة فقال لرجل لتقتلن هذا الرجل عمدا بالسيف أولاقتلنك فقتله المأمور فالقود على الآمر المكره في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا قود على المكره وقال زفر رحمه الله القود على المكره دون المكره وقال الشافعي رحمه الله يجب القود على المكره قولا واحدا وله في ايجاب القود على المكره قولان وقال أهل المدينة رحمهم الله عليهما القود وزادوا على هذا فأوجبوا القود على الممسك حتى اذا أمسك رجلا فقتله عدوه قالوا يجب القود على الممسك وقال أبو يوسف أستحسن أن لايجب القود على واحد منهما ولكن تجب الدية على المكره في ماله في ثلاث سنين أما زفر رحمه الله فاستدل بقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والمراد سلطان استيفاء القود من القاتل والقاتل هو المكره حقيقة والمعنى فيه ان من قتل من يكافئه لاحياء نفسه يعتمد بحق مضمون فيلزمه القود كما لو أصابته مخمصة فقتل انسانا وأكل من لحمه والدليل على ان القاتل هو المكره أن القتل فعل محسوس وهو يتحقق من المكره والطائع بصفة واحدة فيعرف به انه قاتل حقيقة ومن حيث الحكم انه يأثم أثم القتل وانم القتل على من

باشر القتل والدليل عليه ان المقصود بالقتل اذا قدر على قتل المكره كان له أن يقتله كما لو كان طائما وبه نملل فنقول كل حكم يتعلق بالقتل فانه لا يسقط عن المكره بالاكراه كالاثم والتفسيق ورد الشهادة وإباحة قتله للمقصود بالقتل بل أولى لان تأثير الضرورة فى اسقاط الاثم دون الحكم حتى ان من أصابته مخمصة يباح له تناول مال الغير ويكون ضامنا ثم هنا لا يسقط اثم الفعل عن المكره فلان لا يسقط عنه حكم القتل أولى ولما جعل هذا نظير الاكراه بالحبس فى اثم الفعل فكذلك فى حكمه ولا يقال انما يأثم اثم سوء الاختيار أو اثم جعل المخلوق فى معصية الخالق لانه مكره على هذا كله كما هو مكره على القتل والشافعى يستدل بهذا أيضا الا أنه يوجب القود على المكره أيضا للسبب القوى لان القصد الى القتل بهذا الطريق ظاهر من المتخيرين والقصاص مشروع بطريق الزجر فيقام السبب القوى مقام المباشرة فى حق المكره لتغليظ أمر الدم وتحقيق معنى الزجر كما قال فى شهود القصاص يلزمهم القود قال وعلى أصلكم حد قطاع الطريق يجب على الردى بالسبب القوى والدليل عليه ان الجماعة يقتلون بالواحد قصاصا لتحقيق معنى الزجر ومن أوجب القود على المسك يستدل بها أيضا فنقول المسك قاصد الى قتله مسبب له فاذا كان التسبيب يقام مقام المباشرة فى أخذ بدل الدم وهو الدية يعنى حافر البئر فى الطريق فكذلك فى حكم القصاص الا أن المتسبب اذا قصد شخصا بعينه يكون عامدا فيلزمه القود واذا لم يقصد بتسببه شخصا بعينه فهو بمنزلة المخطئ فلزمه الدية وللشافعى رحمه الله طريق آخر ان المكره مع المكره بمنزلة الشريكين فى القتل لان القصد وجد من المكره وما هو المقصود به وهو الانتقام يحصل له والمباشرة وجدت من المكره فكانا بمنزلة الشريكين ثم وجب القود على أحدهما وهو المكره فكذلك على الآخر والدليل على أنهما كشريكين أنهما مشتركان فى اثم الفعل وان المقصود بالقتل أن يقتلهما جميعا وحجة أبي حنيفة ومحمد أن المكره ملجأ الى هذا الفعل والالجاء بأبلغ الجهات يجعل الملجأ آلة للملجئ فلا يصلح أن يكون آلة له كما فى اتلاف المال فان الضمان يجب على المكره ويصير المكره آلة له حتى لا يكون عليه شئ من حكم الاتلاف ومعلوم أن المباشر والمتسبب اذا اجتمعا فى الاتلاف فالضمان على المباشر دون المتسبب ولما وجب ضمان المال على المكره علم أن الاتلاف منسوب الى المكره ولا طريق للنسبة اليه سوى جعل المكره آلة للمكره فكذلك في القتل لان المكره يصلح أن يكون آلة للمكره فيه بأن يأخذ بيده

مع السكين فيقتل به غيره وتفسير الالجاء انه صار محمولا على ذلك الفعل بالتهديد بالقتل فالانسان مجبول على حب الحياة ولا يتوصل الى ذلك الا بالاقدام على القتل فيفسد اختياره بهذا الطريق ثم يصير محمولا على هذا الفعل واذافسد اختياره التحق بالآلة التى لا اختيار لها فيكون الفعل منسوبا الى من فسد اختياره وحمله على هذا الفعل لا على الآلة فلايكون على المكره شئ من حكم القتل من قصاص ولادية ولا كفارة (ألا ترى) أن شيأ من المقصود لايحصل للمكره فلعل المقتول من أخص أصدقائه فعرفنا أنه بمنزلة الآلة فأما الآثم فبقاء الاثم عليه لايدل على بقاء الحكم كما اذا قال لغيره اقطع يدى فقطعها كان آثما ولا شئ عليه من حكم القطع بل فى الحكم يجعل كان الآمر فعله بنفسه وقد بينا أنه مع فساد الاختيار يبقى مخاطبا فلبقائه مخاطبا كان عليه اثم القتل ولفساد اختياره لم يكن عليه شئ من حكم القتل ثم حقيقة المعني فى العذر عن فعل الاثم من وجهين أحدهما أن تأثير الالجاء فى تبديل النسبة لا فى تبديل محل الجنايه ولو جعلنا المكره هو الفاعل فى حكم الضمان لم يتبدل به محل الجناية ولو أخر جناية المكره من أن يكون فاعلا فى حق الآثم تبدل به محل الجناية لان الاثم من حيث انه جناية على حد الدين واذا جعلنا المكره فى هذا آلة كانت الجناية على حد دين المكره دون المكره واذا قلنا المكره آثم ويكون الفعل منسوبا اليه فى حق الآثم كانت جناية علي دينه بارتكاب ماهو حرام محض وبسبب الاكراه لايتبدل محل الجناية فأما فى حق الضمان فمحل الجناية نفس المقتول سواء كان الفعل منسوبا الى المكره أو الى المكره وبهذا تبين أن فى حق الاثم لايصلح أن يكون آلة لان الانسان فى الجناية على حد دين نفسه لا يصلح أن يكون آلة لغيره والثاني اما لوجعلنا المكره آلة فى حق الاثم كان ذلك اهدارا وليس تأثير الالجاء فى الاهدار (ألا ترى) انه فى المال لايجعل فعل المكره كفعل بهيمة ليس لها اختيار صحيح والمكره آثم باكراهه فاذا لم يجعل المكره آثما كان هذا اهدارا للآثم فى حقه أصلا ولا تأثير للالجاء فى ذلك بخلاف حكم الفعل فانه اذا جعل المكره آلة فيه كان المكره مؤاخذا به الا أن يكون هدرا ولا يقال الحربى اذا أكره مسلما على قتل مسلم فان الفعل يصير منسوبا الى المكره عندكم وفى هذا اهدار لانه ليس على المكره شئ من الضمان وهذا لانه ليس باهدار بل هو بمنزلة مالوباشر الحربى قتله فيكون المقتول شهيدا ولا يكون قتل الحربى اياه هدرا وان كان لا يؤاخذ بشئ من الضمان اذا أسلم وبه فارق المضطر لانه غير ملجأ الى ذلك الفعل من جهة غيره ليصير

هو آلة للملجئ (ألا ترى) أن فى المال الضمان واجب عليه فعرفنا به أن حكم الفعل مقصور عليه والدليل على أن الفاعل هو المكره أن القصاص يلزمه عند الشافعى رحمه الله والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات فيعتمد المساواة حتى ان بدون المساواة لايجب القصاص كما بين المسلم والمستأمن وكما فى كسر العظام ولا مساواة بين المباشرة والتسبب ولا طريق لجعل المكره شريكا الا بنسبة بعض الفعل اليه واذا كان للالجاء تأثير فى نسبة بعض الفعل الى الملجئ فكذلك فى نسبة جميع الفعل اليه ولا معنى لايجاب القود على الممسك لان القصاص جزاء مباشرة الفعل فانه عقوبة تندرئ بالشبهات وفى التسبب نقصان فيجوز أن يثبت به ما يثبت مع الشبهات وهو المال ولا يجوز أن يثبت ما يندرئ بالشبهات بخلاف حد قطاع الطريق فان ذلك جزاء المحاربة والردء مباشر للمحاربة كالقاتل وقد بينا هذا فى السرقة والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام يصبر الصابر ويقتل القاتل أى يحبس الممسك ويقتل القاتل فاما أبو يوسف رحمه الله فقال استحسن أن لايجب القود على واحد منهما لان بقاء الاثم فى حق المكره دليل على أن الفعل كله لم يصر منسوبا الى المكره والقصاص لايجب الا بمباشرة تامة وقد انعدم ذلك من المكره حقيقة وحكما فلا يلزمه القود وان كان هو المؤاخذ بحكم القتل فيما يثبت مع الشبهات والدليل عليه ان وجوب القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بين المباشرة والاكراه فلا يمكن ايجاب القود على المكره الا بطريق المساواة ولكنا نقول المكره مباشر شرعا بدليل أن سائر الاحكام سوى القصاص نحو حرمان الميراث والكفارة فى الموضع الذى يجب والدية يختص بها المكره فكذلك القود والاصل فيه قوله تعالى يذبح أبناءهم ويستحيي نساءهم فقد نسب الله الفعل الى اللعين وهو ما كان يباشر صورة ولكنه كان مطاعا فأمر به وأمره اكراه اذا عرفنا هذا فنقول سواء كان المكره بالغا عاقلا أو كان معتوها أو غلاما غير بالغ فالقود على المكره لان المكره صار كالآلة والبلوغ والعقل لا معتبر به فى حق الآلة وانما المعتبر تحقق الالجاء لخوف التلف على نفسه وكذلك حكم حرمان الميراث فانه يثبت فى حق المكره دون المكره وان كان الآمر غير بالغ ولكنه مطاع يتحقق الاكراه منه أو كان رجلا مختلط العقل ولكن يتحقق الاكراه منه فان الفعل يصير منسوبا اليه وذلك يكون بمنزلة جنايته بيده فى أحكام القتل واستدل بقول الحسن البصرى رحمه الله فى أربعة شهدوا على رجل بالزنا ورجمه الناس فقتلوه ثم رجع بعض الشهود ان على الراجع

القتل وهذا شئ لايؤاخذ به ولكن قصد بهذا الاستشهاد دفع السبة عمن تمسك بالصورة ويقول كيف أوجبتم القتل على المكره ولم يباشر القتل حسا واستدل عليه بقول أهل المدينة فى الممسك ويقتل الردىء فى قطع الطريق وان لم يباشروا قتل أحد حسا وكذلك لو قال العامل له لتقطعن يده أو لاقتلنك لم ينبغ له أن يفعل ذلك لان لاطراف المؤمن من الحرمة مثل مالنفسه (ألا ترى) ان المضطر لا يحل له أن يقطع طرف الغير ليأكله كما لايحل له أن يقتله وكذلك لو أمره بقطع أصبع أو نحوه فان حرمة هذا الجزء بمنزلة حرمة النفس فان القتل من المظالم والمكره مظلوم فليس له أن يظلم أحدا ولو ظلم وان أقدم على القتل فليس عليه الا الاثم فاما الفعل فى حق الحكم فقدصار منسوبا الى المكره لوجود الالجاء بالتهديد بالقتل وان رأى الخليفة ان يعزر المكره ويحبسه فعل لاقدامه على مالايحل له الاقدام عليه وان أمره أن يضربه سوطا واحدا أو أمره أن يحلق رأسه أو لحيته أو أن يحبسه أو أن يقيده وهدده على ذلك بالقتل رجوت أن لايكون آثما فى فعله ولا فى تركه أما فى تركه فلانه من المظالم والكف عن المظالم هو العزيمة والمتمسك بالعزيمة لا يكون آثما وأما اذا قدم عليه فلانه يدفع القتل عن نفسه بهم وحزن يدخل على غيره فان بالحبس والقيد وبحلق اللحية وضرب سوط يدخله هم وحزن ولا يخاف على نفسه ولا على شى من أعضائه ولدفع الهلاك عن نفسه قد رخص له الشرع فى ادخال الهم والحزن على غيره (ألا ترى) أن المضطر يأخذ طعام الغير بغير رضاه ولا شك ان صاحب الطعام يلحقه حزن بذلك الا انه علق الجواب بالالجاء لانه لم يجد فى هذا بعينه نصا والفتوى بالرخصة فيما هو من مظالم العباد بالرأى لا يجوز مطلقا فلهذا قال رجوت وان كان يهدده على ذلك بحبس أو قيد أو ضرب سوط أو حلق رأسه ولحيته لم ينبغ له أن يقدم على شئ من الظلم قل ذلك أو كثر لان الرخصة عند تحقق الضرورة وذلك اذا خاف التلف على نفسه وهو بما هدده هنا لايخاف التلف على نفسه ولو أكرهه بالحبس على أن يقتل رجلا فقتله كان القود فيه على القاتل لان بالتهديد بالحبس لايتحقق الالجاء ولهذا كان الضمان فى المال عند الاكراه بالحبس على المكره دون المكره ولو أمره بقتله ولم يكرهه على ذلك الا أنه يخاف اذلم يفعل أن يقتله ففعل ما أمر به كان ذلك بمنزلة الاكراه لان الالجاء باعتبار خوفه التلف على نفسه أن لو امتنع من الاقدام على الفعل وقد تحقق ذلك هنا ومن عادة المتجبرين الترفع عن التهديد بالقتل ولكنهم يأمرون

ثم لا يعاقبون من خالف أمرهم الا بالقتل فباعتبار هذه العادة كان الامر من مثله بمنزلة التهديد بالقتل ولو أكرهه بوعيد تلف حتى يفترى على مسلم رجوت أن يكون فى سعة منه (ألا ترى) أنه لو أكرهه بذلك على الكفر بالله تعالى كان فى سعة من اجراء كلمة الكفر على اللسان مع طمأنينة القلب بالايمان فكذلك اذا أكرهه بالافتراء على مسلم لان الافتراء على الله تعالى والشتم له يكون أعظم من شتم المخلوق الا أنه علقه بالرجاء لان هذا من مظالم العباد وليس هذا فى معنى الافتراء على الله تعالى من كل وجه فان الله تعالى مطلع على ما فى ضميره ولا اطلاع للمقذوف على ما فى ضميره ولان الله تعالى يتعالى أن يدخله نقصان بافتراء المفترين وفى الافتراء على هذا المسلم هتك عرضه وذلك ينقص من جاهه ويلحق الحزن به فلهذا علق الجواب بالرجاء قال (ألا ترى) أنه لو أكرهه على شتم محمد صلى الله عليه وسلم بقتل كان فى سعة ان شاء الله فهذا أعظم من قذف امرىء مسلم ولو تهدده بقتل حتى يشتم محمدا صلى الله عليه وسلم أو يقذف مسلما فلم يفعل حتى قتل كان ذلك أفضل له لما بينا أن فى الامتناع تمسك بما هو العزيمة ولما امتنع خبيب رضي الله عنه حتى قتل سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم أفضل الشهداء ولو تهدده بقتل حتى يشرب الخمر فلم يفعل حتى قتل خفت أن يكون آثما وقد بينا هذا الفصل الا أنه ذكره هنا بلفظ يستدل به على أنه كان من مذهبه أن الاصل فى الاشياء الاباحة وان الحرمة بالنهى عنها شرعا فانه قال لان شرب الخمر وأكل الميتة لم يحرم الا بالنهى عنهما وبين أهل الاصول فى هذا كلام ليس هذا موضع بيانه ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال فلان فيدفعه اليه رجوت أن يكون فى سعة من أخذه ودفعه اليه لانه بمنزلة المضطر وقد بينا أنه يباح للمضطر أخذ مال الغير ليدفع به الضرورة عن نفسه ولكنه علق الجواب بالرجاء لان هذا ليس فى معنى المضطر من وجه فالعذر هناك وهو الجوع ما كان بصنع مضاف الى العباد والخوف هنا باعتبار صنع مضاف الى العبد وبينهما فرق (ألا ترى) أن المقيد اذا صلى قاعدا يلزمه الاعادة اذا أطلق عنه القيد بخلاف المريض قال والضمان فيه على الآمر لان الالجاء قد تحقق فيصير الاخذ والدفع كله منسوبا الى الآمر والمكره بمنزلة الآلة له وانما يسعه هذا مادام حاضرا عند الآمر فان كان أرسله ليفعل فخاف أن يقتله ان ظفر به ولم يقل أن لم يفعل ما هدده به لم يحل الاقدام على ذلك لان الالجاء انما يتحقق ما دام فى يد المكره بحيث يقدر على ايقاع

ما هدده به عاجلا وقد انعدم ذلك حين بعد عنه ولا يدرى أيقدر عليه بعد ذلك أولا يقدر وبهذا الفصل تبين أنه لا عذر لاعوان الظلمة فى أخذ الاموال من الناس فان الظالم يبعث عاملا الى موضع ليأخذ مالا فيتعلل العامل بأمره وانه يخاف العقوبة من جهته ان لم يفعل وليس ذلك بعذر له الا أن يكون بمحضر من الآمر فاما بعد مابعد من الظالم فلا الا أن يكون رسول الآمر معه على أن يرده عليه ان لم يفعل فيكون هذا بمنزلة الذى كان حاضرا عنده لان كونه تحت يد رسوله ككونه فى يده وتمكن الرسول من رده اليه ليعاقبه بتحقق الالجاء ولو لم يفعل ذلك حتى قتله كان فى سعة ان شاء الله لانه تحرز عما هو من مظالم العباد وذلك عزيمة (ألا ترى) أن للمضطر أن يأخذ طعام صاحبه بقدر ماتندفع عنه الضرورة به ولو لم يأخذه حتى تلف لم يكن مؤاخذا به فهذا مثله ولو كان المكره هدده بالحبس أو القيد لم يسعه الاقدام على ذلك لان الالجاء والضرورة بهذا التهديد لا يتحقق ولو أكره رجلا على قتل أبيه أو أخيه بوعيد تلف فقتله فقد بينا حكم المسئلة أن الفعل يصير منسوبا الى المكره فيما هو من أحكام القتل فكأنه هو المباشر بيده وعلى هذا الحرف ينبنى مابعده من المسائل حتى قالوا لو أن لصين أكرها رجلا بوعيد تلف على أن يقطع يد رجل عمدا كان ذلك كقطعهما بايديهما فعليهما ارش اليد فى مالهما فى سنتين ولا قود عليهما لان اليدين لا تقطعان بيد واحدة وان مات فيهما فعلى المكرهين القود لان القطع اذا اتصلت به السراية كان قتلا من أصله ولو باشرا قتله لزمهما القود ولو كان الآمر واحدا والمأمور اثنين كان على الآمر القصاص فى اليد ان عاش وفى البدن ان مات من ذلك لان الفعل منسوب الى المكره وهو واحد لو باشر قطع يده أو قتله يجب القود عليه فكذلك اذا أكرهه على ذلك رجلان والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على دفع المال وأخذه

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد تلف حتى أعطى رجلا ماله وأكره الآخر بمثل ذلك حتى قبضه منه ودفعه فهلك المال عنده فالضمان على الذى أكرههما دون القابض لان الدافع والقابض كل واحد منهما ملجأ من جهة المكره فيصير الفعل فى الدفع والقبض منسوبا الى المكره والقابض مكره على قبضه بوعيد تلف فلا يبقى فى جانبه فعل موجب للضمان عليه ولانه قبضه ليرده على صاحبه اذا تمكن منه ومثل هذا القبض لا يوجب

الضمان على القابض وان كان قبضه بغير أمر صاحبه كمن أخذ آبقا أو وجد لقطة وأشهد
انه أخذه ليرده على صاحبه لم يكن عليه ضمان ان هلك عنده وكذلك لو كان أكره القابض
على قبضه ليدفعه الى الذى أكرهه فقبضه وضاع عنده قبل أن يدفعه اليه فلا ضمان على القابض
اذا حلف بالله ماأخذه الا ليدفعه اليه طائعا وما أخذه الا ليرده على صاحبه الا أن يكره على
دفعه لان الظاهر يشهد له فى ذلك فان فعل المسلم محمول على مايحل ويحل له الاخذ مكرها
على قصد الرد على صاحبه ولا يحل له الاخذ على قصد الدفع الى المكره طائعا ودينه وعقله
يدعوانه الى مايحل دون مالا يحل الا أن فى اللقطة لايقبل قوله على هذا اذا لم يشهد فى قول
أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لانه متمكن من الاشهاد على ذلك وهنا هو غير متمكن من
الاشهاد على مافى ضميره من قصد الرد على المالك لانه ان أظهر ذلك عاقبه المكره فلهذا
قبلنا قوله فى ذلك مع اليمين ولو كان أكره صاحب المال على أن يهبه لصاحبه وأكره الآخر
على أن يقبل الهبة منه ويقبضها بوعيد تلف فقبضها فضاعت عنده فان قال القابض أخذتها
على أن تكون فى يدى مثل الوديعة حتى أردها على صاحبها فالقول قوله مع يمينه لان الاكراه
شاهد له على انه غير راغب فى تمليكها فيكون الضمان على المكره خاصة وان قال أخذتها على
وجه الهبة لتسلم لى كان لرب المال أن يضمنه ان شاء وان شاء المكره لان الموهوب له قبض
مال الغير على وجه التملك بغير رضا صاحبه وهو طائع فى ذلك القبض على هذا القصد فيكون
ضامنا للمال وأما المكره فلان الدافع ملجأ من جهته فيجعل كانه قبضه بنفسه ودفعه اليه فان
ضمن المكره رجع على الموهوب له لانه قائم مقام من ضمنه لان المكره ماقصد مباشرة
الهبة من جهته ولا يمكن تنفيذ الهبة من جهته بتملكه اياه وفى الاصل أشار الى حرف آخر
فقال لانه انما ضمن المال بقبض الموهوب له وقد كانت الهبة قبل القبض فلا يجعل الذى
أكرههما بمنزلة الواهب وما قلناه أوضح لانا اذا جعلنا القابض مكرها وكان المكره ضامنا
باعتبار نسبة القبض اليه لايبقى فى جانب القابض سبب موجب للضمان عليه والدليل عليه انه
قال فان ضمن الموهوب له لم يكن على الذى أكرهه شئ لانه أخذه على انه له ولو كان القبض
منسوبا الى المكره كان للقابض أن يرجع على المكره بما يلحقه من الضمان بسببه فان كان
الموهوب له بحيث يتمكن من الاشهاد عند الهبة أن يقبضه للرد فلم يفعل كان ضامنا بترك
الاشهاد لان القبض بحكم الهبة عمل منه لنفسه فلا يقبل قوله بخلاف ماصرح به الا عند

الضرورة وهو ما اذا لم يكن متمكنا من الاشهاد لانا رأينا ان فى موضع الضرورة يجعل القول قوله فيما فى ضميره كالمكره على الكفر اذا قال بعد ماتكلم بالكفر كنت مطمئن القلب بالايمان قبل قوله ولم تبن منه امرأته فاما عند تمكنه من الاشهاد بلاضرورة فلا يقبل قوله بمنزلة من وجد عبدا آبقا لرجل فى يد غيره فلم يقدر على استرداده منه الا بشراء أو هبة فطلب ذلك منه حتى وهب له أو اشتراه كان ضامنا له الا أن يشهد عند ذلك انه يأخذه ليرده على مولاه فاذا أشهد لم يضمن وكذلك ان لم يكن متمكنا من الاشهاد يقبل قوله فى ذلك ولو أكرهه على بيع عبده وأكره المشترى على شرائه وأكرههما على التقابض فهلك الثمن والعبد ثم اختصموا فضمان العبد للبائع وضمان الثمن للمشترى على الذى أكرههما لان كل واحد منهما ملجأ على دفع ماله الى الآخر من جهته فان أراد أحدهما أن يضمن صاحبه سئل كل واحد منهما عما قبضه على وجه قبضه فان قال قبضته على البيع الذى أكرهنا عليه ليكون لى وقالا ذلك جميعا فالبيع جائز ولا ضمان على المكره فيه لان قبض كل واحد منهما على هذا القصد دليل الرضا منه بالبيع ودليل الرضا كصريح الرضا (ألا ترى) أنهما لو أكرها على البيع ثم تقابضا بغير اكراه تم البيع بينهما فكذلك اذا أقر كل واحد منهما انه قبضه على وجه التملك وان قال قبضته مكرها لارده على صاحبه وآخذ منه ما أعطيت وحلف كل واحد منهما لصاحبه على ذلك لم يكن لواحد منهما على صاحبه ضمان لان الاكراه دليل ظاهر لكل واحد منهما على مايخبر به عن ضميره الا أن صاحبه يدعي عليه مالو أقر به لزمه الضمان فاذا أنكر يحلف علي ذلك فان حلف أحدهما وأبى الآخر ان يحلف لم يضمن الذى حلف لان يمينه قد انتفى عنه بسبب الضمان الا أن يثبته صاحبه بالحجة ويضمن الذى لم يحلف ماقبض لان نكوله كاقراره وذلك يثبت عليه سبب الضمان عند قضاء القاضى فان كان الذى أبى اليمين هو الذى قبض العبد ضمن البائع قيمة العبد أيهما شاء لان فعله بالدفع صار منسوبا الي المكره والقابض كان طائعا حين قبضه لنفسه على وجه التملك فان ضمنها المكره رجع بها على المشترى لانه ملك بالضمان وماقصد تنفيذ البيع من جهته ولانه انما ضمنها بالاكراه على القبض وقد كان البيع قبل ذلك فلا يكون بمنزلة البائع وقد بينا أن الوجه الاول أصح وان ضمنها المشترى لم يرجع بها على المكره لانه أقر انه لم يقبضه على وجه الاكراه وانما قبضه علي وجه الشراء ولم يرجع علي البائع بالثمن أيضا لان البائع قد حلف أنه قبض الثمن للرد

عليه وقد هلك فى يده فلا يضمن له شيأ من ذلك ولا يرجع بالثمن على المكره أيضا لانه أقر انه دفع الثمن طوعا وانه كان راضيا بالبيع وان كان المشترى حلف وأبى البائع اليمين فلا ضمان فى العبد على من أخذه وأما الثمن فان شاء المشترى ضمنه المكره وان شاء ضمنه البائع لان البائع بنكوله أقر أنه قبض الثمن لنفسه طائعا وفعل الدافع منسوب الى المكره للالجاء فان ضمن البائع لم يرجع به على المكره لانه ضمن بفعل كان عاملا فيه لنفسه طائعا وان ضمنه المكره رجع به على البائع لانه قام مقام من ضمنه ولانه ملكه بالضمان والقابض كان طائعا فى قبضه لنفسه فيضمن له ذلك ولو أكرههما على البيع والشراء ولم يذكر لهما قبضا فلما تبايعا لم يتقابضا حتى فارقا الذى أكرههما ثم تقابضا على ذلك البيع فهذا رضا منهما بالبيع واجازة له لان البيع مع الاكراه كان منعقدا ولم يكن نافذا جائزا لانعدام الرضا منهما فاذا وجد دليل الرضا نزل ذلك منزلة التصريح بالرضا بالاجازة طوعا وقد بينا الفرق بين الهبة وبين البيع لان الاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم والاكراه على الهبة يكون اكراها على التسليم ولو كان الاكراه فى الوجه الاول على البيع والقبض بغير تلف بل بحبس أو قيد وتقابضا على ذلك مكرهين لم يجز البيع لان نفوذ البيع يعتمد تمام الرضا وبالتهديد بالحبس ينعدم تمام الرضا فان ضاع ذلك عندهما فلا ضمان لواحد منهما على المكره لان فعلهما لم يصر منسوبا الى المكره فان نسبة الفعل اليه بالالجاء والتهديد بالحبس لايتحقق الالجاء ولكن كل واحد منهما ضامن لما قبض من مال صاحبه لانه قبضه بحكم عقد فاسد وفعل كل واحد منهما فى القبض مقصور عليه وقد قبضه بغير رضا صاحبه ولو قبضه بحكم العقد الفاسد برضا صاحبه كان مضمونا عليه فهنا أولى أن يكون مضمونا عليه ولو أكرهه بالحبس على أن يودع ماله هذا الرجل وأكره الآخر بالحبس على قبوله وديعة فقبله وضاع عنده فلا ضمان على المكره ولا على القابض أما على المكره فلانعدام الالجاء من جهته وأما على القابض فلانه ماقبض لنفسه وانما قبضه ليحفظه وديعة ويرده على صاحبه اذا تمكن منه ومثل هذا القبض لا يكون موجبا للضمان عليه وان انعدم الرضا من صاحبه كما لو هبت الريح بثوب انسان وألقته فى حجر غيره فأخذه ليرده على صاحبه فهلك لم يكن ضامنا شيأ ولو أكرهه بالحبس على أن يهب ماله لهذا أو يدفعه اليه وأكره الآخر بالحبس على قبوله وقبضه فهلك فالضمان على القابض لانه قبضه على وجه التملك وفعله فى القبض مقصور عليه

فانه غير ملجأ من جهة المكره فلهذا كان الضمان عليه دون المكره ولو كان أكره القابض بوعيد تلف على ذلك لم يضمن القابض ولا المكره شيأ أما القابض فلانه ملجأ الى القبض وذلك بمدم الفعل الموجب للضمان فى حقه وأما المكره فلان الدافع لم يكن ملجأ فى دفع المال اليه لانه كان مكرها بالحبس فبقى حكم الدفع مقصورا على الدافع قاله أبو حازم رحمه الله وهذا غلط لان فعل الدافع ان لم يكن منسوبا الى المكره فعل القابض صار منسوبا اليه وانما قبضه بغير رضا المالك فكأن المكره قبضه بنفسه فينبغى أن يكون المكره ضامنا من هذا الوجه وما قاله فى الكتاب أصح لان هذا القبض متمم للهبة وفى مثله لا يصلح المكره آلة للمكره (ألا ترى) أن المكره لو قبضه بنفسه لا تتم الهبة به ثم الموجب للضمان على المكره تفويت اليد على المالك وذلك بالدفع والاخراج من يدهما لا بالقبض لان الاموال محفوظة بالايدى وفعل الدافع لم يصر منسوبا الى المكره ولو أكره الواهب بتلف وأكره الموهوب له بحبس كان لصاحب المال أن يضمن ان شاء المكره وان شاء القابض لان فعل الدافع منسوب الى المكره لكونه ملجأ من جهته فيكون المكره ضامنا له وفعل القابض مقصور عليه لانه كان مكرها على القبض بالحبس وقد قبضه على وجه التملك فكان للدافع أن يضمن أيهما شاء فان ضمن المكره رجع به على القابض لما قلنا وكذلك فى البيع اذا أكره البائع بوعيد تلف على البيع والتقابض وأكره المشترى على ذلك بالحبس فتقابضا وضاع المال فلا ضمان على البائع فيما قبض بعد أن يحلف ماقبضه الا ليرده على صاحبه لانه ملجأ قبل القبض فيكون مقبول القول فى أنه قبضه للرد مع يمينه وللبائع أن يضمن المكره قيمة عبده لانه كان ملجأ الى تسليم العبد من جهته ثم يرجع بها المكره على المشترى لما بينا أن البيع لم ينفذ من جهة المكره وقد ملكه بالضمان فان شاء البائع ضمنها المشترى لان فعله فى القبض مقصور عليه وقد قبضه على وجه التملك وان لم يكن راضيا بسببه ثم لا يرجع المشترى على المكره بالقيمة ولا بالثمن أما القيمة فلانه انما ضمنها بقبض كان هو فيه عاملا لنفسه واما الثمن فلانه كان مكرها على دفع الثمن بالحبس وذلك لا يوجب نسبة الفعل الى المكره فى حكم الضمان وفى هذا طعن أبو حازم رحمه الله أيضا كما فى الهبة ولو كان أكره البائع بالحبس وأكره المشترى بالقتل فلا ضمان للبائع فى العبد على المشترى ولا على المكره لان المشترى ملجأ الى القبض فلا يكون ضامنا شيأ والبائع ما كان ملجأ الى الدفع من جهة المكره فيقتصر

حكم الدفع عليه فلهذا لا ضمان على المكره وللمشتري أن يضمن الثمن ان شاء البائع وان شاء المكره لانه كان ملجأ الى دفع الثمن من جهة المكره وكان البائع غير ملجأ الى قبضه فاقتصر حكم فعله بالقبض عليه وللمشترى الخيار فان ضمن المكره رجع به على البائع لانه قام مقام من ضمنه ولانه ملك المضمون بالضمان ولم ينفذ البيع من جهة من تملك الثمن فرجع على البائع بالثمن والله أعلم بالصواب

باب من الاكراه على الاقرار

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف أو غير تلف على أن يقر بعتق أو طلاق أو نكاح وهو يقول لم أفعله فاقر به مكرها فاقراره باطل والعبد عبده كما كان والمرأة زوجته كما كانت لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب والاكراه الظاهر دليل على انه كاذب فيما يقر به قاصد الى دفع الشر عن نفسه والمخبر عنه اذا كان كذبا فبالاخبار لايصير صدقا (ألا ترى) أن فرية المفترين وكفر الكافرين لايصير حقا باخبارهم به والدليل عليه انه لو أقر به طائما وهو يعلم انه كاذب فى ذلك فانه يسعه امساكها فيما بينه وبين الله تعالى الا أن القاضى لا يصدقه على ذلك لانه مأمور باتباع الظاهر والظاهر ان الانسان لايكذب فيما يلحق الضرر به فاذا كان مكرها وجب تصديقه فى ذلك لوجود الاكراه فلهذا لايقع به شيء والاكراه بالحبس والقتل فى هذا سواء لان الاقرار تصرف من حيث القول ويعتمد تمام الرضا وبسبب الاكراه بالحبس ينعدم ذلك وكذلك الاقرار بالرجعة أو الفيء فى الايلاء أو العفو عن دم العمد فانه لايصح مع الاكراه لما قلنا وكذلك الاقرار فى عبده انه ابنه أو جاريته انها أم ولده لان هذا اخبار عن أمر سابق خفى فالاكراه دليل على أنه كاذب فيما يخبر به * فان قيل أليس عند أبى حنيفة رحمه الله اذا قال لمن هو أكبر سنا منه هذا ابنى يعتق عليه وهناك يتيقن بكذبه فيما قال فوق ما يتيقن بالكذب عند الاقرار مكرها فاذا نفذ العتق ثمة ينبغى أن ينفذ هنا بطريق الاولى * قلنا أبو حنيفة رحمه الله يجعل ذلك الكلام مجازا عن الاقرار بالعتق كانه قال عتق على من حين ملكته وباعتبار هذا المجاز لايظهر رجحان جانب الكذب فى اقراره فاما عند الاكراه وأكثر مافيه ان يجعل هذا مجازا عن الاقرار بالعتق ولكن الاكراه يمنع صحة الاقرار بالعتق كما يمنع صحة الاقرار

بالنسب ولو أكره نصرانى على الاسلام فاسلم كان مسلما لوجود حقيقة الاسلام مع الاكراه فان ذلك بالتصديق بالقلب والاقرار باللسان وقد سمعنا اقراره بلسانه وانما يعبر عما فى قلبه لسانه فلهذا يحكم باسلامه والاصل فيه قوله تعالى وله أسلم من فى السموات والارض طوعا وكرها وقال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله الا الله وقد قبل من المنافقين ماأظهروا من الاسلام مع علمه أنهم أظهروا ذلك خوفا من السيف وهذا فى أحكام الدنيا فأما فيما بينه وبين ربه اذا لم يكن يعتقد فيما يقول لايكون مسلما والذى فى هذا والحربى سواء عندنا والشافعى رحمه الله يفرق بينهما باعتبار أن اكراه الحربى على الاسلام اكراه بحق وقد قررناه فيما سبق وفرق بين الاكراه على الاسلام وبين الاكراه على الردة وقال الردة انما تحصل بتبديل الاعتقاد والاكراه دليل ظاهر على انه غير مبدل لاعتقاده فأما الاسلام فى أحكام الدنيا فانما يثبت بالاقرار باللسان مع التصديق بالقلب ولا طريق لنا الى الوقوف على ما فى قلبه وقد سمعنا اقراره مع الاكراه فلذلك حكمنا باسلامه فان رجع عنه الى النصرانية أجبر على الاسلام ولم يقتل استحسانا وفى القياس يقتل لانه بدل الدين وقد قال عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه وهذا لان الاكراه لما لم يمنع صحة الاسلام كان المكره كالطائع فيه ولكنه استحسن اسقاط القتل عنه للشبهة التى فمات لانا لانعلم سره حقيقة والادلة قد تعارضت فكون الاسلام مما يجب اعتقاده دليل على انه معتقد والاكراه دليل على أنه غير معتقد بما يقول وتعارض الادلة شبهة فى درء مايندرئ بالشبهات وهذا نظير القياس والاستحسان فى المولود بين المسلمين اذا بلغ مرتدا يجبر على الاسلام ولا يقتل استحسانا والذى أسلم بنفسه فى صغره اذا بلغ مرتدا يجبر على الاسلام ولا يقتل للشبهة المتمكنة فيه بسبب اختلاف العلماء رحمهم الله ولو كان أكرهه على الاقرار باسلام ماض منه فالاقرار باطل لان الاكراه دليل على انه كاذب فيما أخبر به من الاقرار بالاسلام ماضيا وكذلك لو أكره بوعيد تلف أو غير تلف على ان يقر بانه لاقود له قبل هذا الرجل ولا بينة له عليه به فالاقرار باطل لان الاكراه دليل على انه كاذب فيما يقر به بخلاف مااذا أكره على انشاء العفو فان اعاده بعد ذلك وأقام البينة عليه به حكم له بالقود لان ماسبق منه من الاقرار بالعفو قد بطل فكان وجوده كعدمه وكذلك لو أكرهه على أن يقر بانه لم يتزوج هذه المرأة وانه لا بينة له عليها بذلك أو على ان هذا ليس بعبده وانه حر

الاصل فاقراره بذلك باطل لان الا كراه دليل على انه كاذب فيما أقر به فلا يمنع ذلك قبول بينته على مايدعيه من النكاح والرق بعد ذلك (ألا ترى) انه لو أقر بشئ من هذا هازلا لا يلزمه شئ فيما بينه وبين ربه ولو أقر به طائعا وهو يعلم أنه كاذب فيما قال وسعه امساك المرأة والعبد فيما بينه وبين ربه بخلاف الانشاء فمن هذا الوجه يقع الفرق بين هذه الفصول والله أعلم بالصواب

باب من الاكراه على النكاح والخلع والعتق والصلح عن دم العمد

(قال رحمه الله) ولو أن رجلا أكره بوعيد تلف حتى خلع امرأته على ألف درهم ومهرها الذى تزوجها عليه أربعة آلاف وقد دخل بها والمرأة غير مكرهة فالخلع واقع لان الخلع من جانب الزوج طلاق والاكراه لايمنع وقوع الطلاق بغير جعل فكذلك بالجعل وللزوج على امرأته ألف درهم لانها قد التزمت الالف طائعة بازاء ماسلم لها من البينونة ولا شئ على المكره للزوج لانه أتلف عليه ملك النكاح وقد بينا أنه لاقيمة لملك النكاح عند الخروج من ملك الزوج وانه ليس بمال فلا يكون مضمونا بالمال أصلا بل عند الحاجة الى الصيانة والمضمون المحل المملوك لا الملك الوارد عليه ولهذا جاز ازالة الملك بغير شهود ولا عوض وكذلك لو أكره ولي العمد على أن يصالح منه علي ألف درهم فالاكراه لايمنع اسقاط القود بالعفو فكذلك لايمنع اسقاطه بالصلح ولاشئ له سوى الالف على الذى كان قبله الدم ولاشئ لصاحب الدم على الذى أكرهه لان القاتل ماالتزم الزيادة على الالف والمكره أتلف عليه ما ليس بمال متقوم وهو ملك استيفاء القود وهذا ملك غير مضمون بالعفو مندوب اليه شرعا وبه فارق النفس فانها مضمونة بالمال عند الاتلاف خطأ صيانة لها عن الاهدار ولو أكره علي أن يعتق عبده على مائة درهم وقبله العبد وقيمته ألف والعبد غير مكره فالعتق جائز على المائة لان الاكراه لايمنع صحة اسقاط الرق بالعتق والعبد التزم المائة طوعا ثم يتخير مولى العبد فان شاء ضمن الذى أكرهه قيمة العبد لانه أتلف عليه ملكه فى العبد بالاكراه الملجئ وملكه فى العبد ملك مال متقوم فيكون مضمونا على المتلف بخلاف ماسبق ثم يرجع المكره على العبد بمائة لان المولى أقامه مقام نفسه حين ضمنه القيمة فى الرجوع على العبد بالمسمي وان شاء المولى أخذ العبد بالمائة ورجع على المكره

بخمسمائة تمام القيمة لان مازاد على قدر المسمى من المالية أتلفه المكره عليه بغير عوض *فان قيل لماذا كان له أن يرجع بجميع الالف على المكره وقد أتلف عليه مقدار المائة بعوض *قلنا لان هذا العوض فى ذمة مفلسه فان العبد يخرج من ملك المولى ولا شئ له فهو كالتاوى *فان قيل لماذا لم يجعل اختياره للمسمى ابراء منه للمكره *قلنا فى مقدار المائة يجعل هكذا لان له أن يرجع بها على أيهما شاء فاما فى الزيادة على ذلك حقه متعين فى ذمة المكره ولو كان أكرهه على العتق بألفى درهم الى سنة وقيمته ألف فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده لانه أتلف عليه ماليته ببدل لا يصل اليه الا بعد مضى الاجل وان شاء اتبع العبد بالالفين بعد مضى السنة لانه التزم ذلك طوعا فان اختار تضمين المكره قام المكره مقام المولى فى الرجوع على العبد بالمسمى عند حلول الاجل فاذا أخذ ذلك منه أمسك ألفا مقدار ماغرم وتصدق بالفضل لانه حصل له بكسب خبيث وان اختار اتباع العبد فلاشئ له على المكره بعد ذلك لانه صار راضيا بما صنع حين اختار اتباع العبد فان كان الالفان نجوما فحل نجم منها فطالب المولى العبد بذلك النجم بغير اكراه فهذا منه اختيار لاتباع العبد ولا ضمان له على المكره بعد ذلك لان مطالبته اياه بذلك النجم دليل الرضا منه بما سبق فيكون كالتصريح بالرضا وذلك يسقط حقه فى تضمين المكره ولو أكرهت امرأة بوعيد تلف أوحبس حتى تقبل من زوجها تطليقة على ألف درهم فقبلت ذلك منه وقد دخل بها ومهرها الذى تزوجها عليه أربعة آلاف أوخمسمائة فالطلاق رجعى ولاشئ عليه من المال لان التزام البدل يعتمد تمام الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا سواء كان الاكراه بحبس أوبقتل ولكن وقوع الطلاق يعتمد وجود القبول لاوجود المقبول (ألا ترى) أنه لو طلق امرأته الصغيرة على مال فقبلت وقع الطلاق ولم يجب المال وبسبب الاكراه لاينعدم القبول فلهذا كان الطلاق واقعا ثم الواقع بصريح اللفظ يكون رجعيا اذا لم يجب العوض بمقابلته وهنا لاعوض عليه فكان الطلاق رجعيا وقد ذكر فى الجامع الصغير اذا شرطت الخيار لنفسها ثلاثة أيام فى الطلاق بمال عند أبى حنيفة لا يقع الطلاق ما لم يسقط الخيار وعندهما الطلاق واقع والمال لازم وكذلك لوهزلت بقبول الطلاق بمال واتفقا على ذلك عند أبى حنيفة لا يقع الطلاق مالم يرض بالتزام المال وعندهما الطلاق واقع والمال واجب فبالكل حاجة الى الفرق بين مسئلة الاكراه ومسئلة الخيار والهزل فاما أبو حنيفة رحمه الله فقال الاكراه لايعدم

الاختيار فى السبب والحكم وانما يعدم الرضا بالحكم فلوجود الاختيار فى السبب والحكم تم القبول ووقع الطلاق ولانعدام الرضا لايجب المال فكان المال لم يذكر أصلا فأما خيار الشرط فلانعدام الاختيار والرضا بالسبب وبعدم الاختيار والرضا بالحكم يتوقف الحكم وهو وقوع الطلاق ووجوب المال على وجود الاختيار والرضا به وكذلك الهزل لا ينافى الاختيار والرضا بالسبب وانما يعدم الرضا والاختيار بالحكم فتوقف الحكم لانعدام الاختيار فى حقه وصح التزام المال به موقوفا على ان يلزمه عند تمام الرضا به وهما يقولان الاكراه يعدم الرضا بالحكم ولا يعدم الاختيار فى السبب والحكم جميعا فيثبت الحكم وهو الطلاق ولا يجب المال لانعدام الرضا به فكانه لم يذكر فأما الهزل وشرط الخيار فلا يعدم الرضا بالسبب والحكم لاينفصل عن السبب فالرضا بالسبب فيهما يكون رضا بالحكم فيقع الطلاق ويجب المال لان المال صار تبعا للطلاق فى الحكم وفى الاكراه انعدم الرضا بالسبب فلا يثبت مايعتمد ثبوته الرضا وهو المال ويثبت من المال مالا يعتمد ثبوته الرضا وهو الطلاق فان قالت بعد ذلك قد رضيت بتلك التطليقة بذلك المال جاز ولزمها المال وتكون التطليقة بائنة فى قول أبي حنيفة وقال محمد اجازتها باطلة وهى تطليقة رجعية ولم يذكر قول أبي يوسف فقيل قوله كقول محمد رحمهما الله والاصح ان قوله كقول أبي حنيفة رحمه الله فمن جعل قوله كقول محمد قال المسئلة فرع لما بينا فى كتاب الطلاق اذا قال لامرأته أنت طالق كيف شئت عند أبي حنيفة تقع تطليقة رجعية ولها الخيار فى جعلها بائنة وعندهما لا يقع عليها شيء ما لم تشأ فمن أصله انه يقع أصل الطلاق ويبقى لها المشيئة فى الصفة فهنا أيضا وقع أصل الطلاق بقبولها وبقي لها المشيئة فى صفته فاذا التزمت المال طوعا صارت تطليقة بائنة وعندهما لايجوز أن يبقى لها مشيئة بعد وقوع أصل الطلاق بقبولها فلا رأى لها بعد ذلك فى التزام المال لتغير صفة تلك التطليقة ومن قال ان قول أبي يوسف كقول أبي حنيفة جعل المسئلة فرعا لما بيناه فى كتاب الدعوى ان من طلق امرأته تطليقة رجعية ثم قال جعلتها بائنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف تصير بائنا وعند محمد لا تصير بائنا فلما كان من أصلهما أن للزوج أن يجعل الواقع بصفة الرجعية بائنا فكذلك للمرأة ذلك بالتزام المال وعند محمد لما لم يكن للزوج ولاية جعل التطليقة الرجعية بائنة فكذلك لا يكون لها ذلك بالتزام المال ولو كان مكان التطليقة خلع بألف درهم كان الطلاق بائنا ولا شيء عليها لان الواقع بلفظ الخلع بائن من غير اعتبار وجوب المال فان الخلع مشتق من الخلع والانتزاع

ففي اللفظ مايوجب البينونة ولهذا لو خلع الصغيرة على مال وقبلت كان الواقع بائنا بخلاف لفظ صريح الطلاق وكذلك الصلح عن دم العمد اذا أكره القاتل بقتل أوحبس على أن يصالح الولي على أكثر من الدية أو أقل منها فصالحه بطل الدم لوجود القبول مع الاكراه وليس على القاتل من المال شئ لان التزام المال يعتمد تمام الرضا وينعدم بالاكراه ولو خلع امرأته قبل أن يبلغ وقد دخل بها على ألف درهم فقبلت وقع الخلع لوجود القبول منها ولم يجب المال لان الصغر لاينافي التكلم بالقبول ولكن ينافي صحة التزام المال (ألا ترى) أن التزام المال منه عوضا عن مال لايكون صحيحا فمن غير مال أولى ولذلك لوكان لرجل على رجل دم عمد فصالحه عنه غلام لم يبلغ على مال ضمنه له الغلام على أن عفا جاز العفو لوجود القبول ممن شرط عليه الضمان ولا شئ عليه لان الصغر ينافي التزام المال بجهة الضمان وانما أورد هذا لايضاح مسئلة الاكراه وكذلك لو أكره العبد على أن يقبل العتق من مولاه بمال قليل أوكثير عتق لوجود القبول ولا شئ عليه من المال لانعدام الرضا من العبد بالتزام المال ولو أكره الزوج على أن يطلق امرأته بألف درهم وأكرهت المرأة على أن تقبل ذلك ففعلا وقع الطلاق بغير مال لان الاكراه لاينافي الاختيار في الايجاب والقبول وانما يعدم الرضا به والمال لايجب بدون الرضا به وكذلك هذا في الصلح من القود والعتق على مال لان للمولى أن يضمن المكره قيمة عبده ان كان أكرهه بوعيد قتل وان كان أكرهه بحبس لم يضمن شيأ لما بينا أن الاتلاف انما يصير منسوبا الى المكره عند الالجاء التام وذلك الاكراه بالقتل دون الاكراه بالحبس

باب الاكراه على الزنا والقطع

(قال رحمه الله) كان أبوحنيفة رحمه الله يقول أولا لو أن سلطانا أوغيره أكره رجلا حتى زنا فعليه الحد وهو قول زفر رحمه الله ثم رجع فقال لاحد عليه اذا كان المكره سلطانا وهو قولهما وجه قوله الاول ان الزنا من الرجل لايتصور الا بانتشار الآلة ولا تنتشر آلته الا بلذة وذلك دليل الطواعية فمع الخوف لا يحصل انتشار الآلة وفرق على هذا القول بين الرجل والمرأة قال المرأة في الزنا محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها (ألا ترى) أن فعل الزنا يتحقق وهي نائمة أو مغمى عليها لاتشعر بذلك بخلاف جانب الرجل وفرق على هذا القول

بين الاكراه على الزنا وبين الاكراه على القتل قال لاقود على المكره وعليه الحد ففي كل واحد من الموضعين الحرمة لا تنكشف بالاكراه ولكن القتل فعل يصلح أن يكون المكره فيه آلة للمكره فبسبب الالجاء يصير الفعل منسوبا الى المكره ولهذا لزمه القصاص واذا صار منسوبا الى المكره صار المكره آلة فاما الزنا ففعل لا يتصور أن يكون المكره فيه آلة للمكره لان الزنا بآلة الغير لا يتحقق ولهذا لا يجب الحد على المكره فبقي الفعل مقصورا على المكره فيلزمه الحد ووجه قوله الآخر ان الحد مشروع للزجر ولا حاجة الى ذلك في حالة الاكراه لانه منزجر الى أن يتحقق الالجاء وخوف التلف على نفسه وانما كان قصده بهذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا اقتضاء الشهوة فيصير ذلك شبهة في اسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على انعدام الخوف فقد تنتشر الآلة طبعا بالفحولة التي ركبها الله تعالى في الرجال وقد يكون ذلك طوعا (ألا ترى) أن النائم تنتشر آلته طبعا من غير اختيار له في ذلك ولا قصد ثم على القول الآخر قال أبو حنيفة رحمه الله ان كان المكره غير السلطان يجب الحد على المكره وقال أبو يوسف ومحمد اذا كان قادرا على ايقاع ماهدده به فلا حد على المكره سواء كان المكره سلطانا أو غيره قيل هذا اختلاف عصر فقد كان السلطان مطاعا في عهد أبي حنيفة ولم يكن لغير السلطان من القوة مايقدر على الاكراه فأجاب بناء على ماشاهد في زمانه ثم تغير حال الناس في عهدهما وظهر كل متغلب في موضع فأجابا بناء على ماعاينا وقيل بل هو اختلاف حكم فوجه قولهما ان المعتبر في اسقاط الحد هو الالجاء وذلك بان يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدد به لان خوف التلف للمكره بذلك يحصل (ألا ترى) ان السلطان لو هدده وهو يعلم انه لايفعل ذلك به لايكون مكرها وخوف التلف يتحقق عند قدرة المكره على ايقاع ماهدده به بل خوف التلف باكراه غير السلطان أظهر منه باكراه السلطان فالسلطان ذو أناة في الامور لعلمه انه لايفوته وغير السلطان ذو عجلة في ذلك لعلمه أنه يفوته ذلك بقوة السلطان ساعة فساعة وأبو حنيفة يقول الالجاء لايتحقق باكراه غير السلطان وانما يتحقق باكراه السلطان لانه لايتمكن من دفع السلطان عن نفسه بالالتجاء الى من هو أقوى منه ويتمكن من دفع اللص عن نفسه بالالتجاء بقوة السلطان فان اتفق في موضع لايتمكن من ذلك فهو نادر والحكم انما ينبني على أصل السبب لا على الاحوال وباعتبار الاصل يمكن دفع اكراه غير السلطان بقوة السلطان ولا يمكن دفع اكراه السلطان بشئ ثم مايكون

مميزا للحكم يتبرفيه السلطان كتغيير الفرائض من الاربع الى الركعتين يوم الجمعة واقامة الخطبة مقام الركعتين يتبرفيه السلطان ولا يقوم فى ذلك غيره مقامه وفى كل موضع وجب الحد على المكره لا يجب المهر لها وقد بينا هذا فى الحدود اذ الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بسبب فعل واحد خلافا للشافعى رحمه الله وفى كل موضع سقط الحد وجب المهر لان الواطئ فى غير الملك لا ينفك عن حد أو مهر فاذا سقط الحد وجب المهر لاظهار خطر المحل فانه مصون عن الابتذال محترم كاحترام النفوس ويستوى ان كانت أذنت له فى ذلك أو استكرهها اما اذا استكرهها فغير مشكل لان المهر يجب عوضا عما أتلف عليه ولم يوجد الرضا منها بسقوط حقها وأما اذا أذنت له فى ذلك فلانه لا يحل لها شرعا أن تأذن فى ذلك فيكون اذنها لغوا لكونها محجورة عن ذلك شرعا بمنزلة اذن الصبي والمجنون فى اتلاف ماله أو هى متهمة فى هذا الاذن لما لها فى هذا الاذن من الحظ فجعل الشرع اذنها غير معتبر للتهمة ووجوب الضمان لصيانة المحل عن الابتذال والحاجة الى الصيانة لا تنعدم بالاذن (ألا ترى) أنها لو زوجت نفسها بغير مهر وجب المهر ولو مكنت نفسها بعقد فاسد حتى وطئها الزوج ولم يكن سمى لها مالا وجب المال فهذا مثله وهو واجب فى الوجهين أما اذا استكرهها فانه ظالم وحرمة الظلم حرمة باتة وكذلك اذا أذنت له فى ذلك لان اذنها لغو غير معتبر ثم حرمة الزنا حرمة باتة لا استثناء فيها ولم يحل فى شئ من الاديان بخلاف حرمة الميتة ولحم الخنزير فتلك الحرمة مقيدة بحالة الاختيار لوجود التنصيص على استثناء حالة الضرورة فى قوله تعالى الا مااضطررتم اليه وان امتنع من الزنا حتى قتل كان مأجورا فى ذلك لانه امتنع من ارتكاب الحرام وبذل نفسه ابتغاء مرضاة الله تعالى فى الوقوف على حد الدين بالتحرز عن مجاوزته وفيما يرخص له فيه وهو اجراء كلمة الشرك وقد بينا انه اذا امتنع حتى قتل كان مأجورا فالا رخصة فيه أولى وان كان الاكراه على الزنا بحبس ففعل ذلك كان عليه الحد لان تمكن الشبهة باعتبار الالجاء وبسبب الاكراه بالحبس لا يتحقق الالجاء فوجوده وعدمه فى حق الحكم سواء ولو قال له لاقتلنك أو لتقطعن يد هذا الرجل فقال له ذلك الرجل قد أذنت لك فى القطع فاقطعه وهو غير مكره لا يسع المكره أن يقطع يده لان هذا من المظالم وليس المقصود بالفعل ان يأذن فى ذلك شرعا لانه يبذل طرفه لدفع الهلاك عن غيره وذلك لا يسعه كما لو رأى مضطرا فأراد أن يقطع يد نفسه ليدفعها اليه حتى يأكلها ولا يسعه ذلك فهذا مثله ولو لم

يوجد الاذن لم يسعه الاقدام على القطع فكذلك بعد الاذن وان قطعها فلا شيء عليه ولا على الذي أكرهه لان القاطع لو لم يكن مكرها وقال له انسان اقطع يدى فقطعه لم يلزمه شيء فاذا كان القاطع مكرها أولى وهذا لان الحق في الطرف لصاحب الطرف وقد أسقطه بالاذن في الابتداء ولو أسقطه بالعفو في الانتهاء لايجب شيء فكذلك بالاذن في الابتداء والدليل عليه أن الطرف يسلك به مسلك الاموال من وجه وفي الاموال البدل مفيد عامل في الاباحة والبدل الذي هو سمته عامل في اسقاط الضمان حتى اذا قال له احرق ثوبي هذا لايباح له أن يفعله ولكن لايلزمه شيء ان فعله فكذلك في الطرف البدل المفيد عامل في الاباحة وهو اذا وقع في يده أكلة فأمر انسانا أن يقطع يده فالبدل الذي هو سمته يكون مسقطا للضمان فيه أيضا فلهذا لايجب على القاطع ولا على المكره شيء وان كان صاحب اليد مكرها أيضا من ذلك المكره أومن غيره على الاذن في القطع بوعيد تلف فالقصاص على المكره لان بسبب الالجاء يلغو اذنه وفعل القطع منسوب الى المكره لان المكره يصلح أن يكون آلة في ذلك فلهذا كان عليه القود ولو قال له لاقتلنك أو لتقتلنه فقال له المقصود اقتلني فانت في حل من ذلك وهو غير مكره فقتله بالسيف فعلي الآمر الدية في ماله لان المباشر ملجأ الى القتل فيصير الفعل منسوبا الى الملجئ وصار هذا بمنزلة مالو قتل انسانا باذنه وفي هذا تجب الدية عليه دون القصاص في ظاهر الرواية وعلى قول زفر رحمه الله عليه القصاص وعلى قول أبي يوسف رحمه الله لاشيء عليه أورده في اختلاف زفر ويعقوب رحمهما الله الا أن هذا انما يتحقق في حق من باشر القتل بنفسه لافي حق المكره فان زفر لايرى القود على المكره وأورد على هذا أيضا أنه اذا قال اقتل أبي أو ابنى فقتله فعليه القصاص في قول زفر رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله أستحسن أن يكون عليه الدية في ماله اذا كان هو الوارث وذكر الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله في قوله اقتل ابنى كقول زفر وفي قوله اقتلني كقول أبي يوسف انه لاشيء عليه وجه تلك الرواية ان الاذن في الابتداء كالعفو في الانتهاء وبعد ما جرحه لو عفى عن الجناية ومات لم يجب شيء فكذلك اذا أذن في الابتداء وهذا لان الحق في بدل نفسه له حتى يقضي منه ديونه فيسقط باسقاطه كما في الطرف وجه قول زفر أن بدل النفس انما يجب بعد زهوق الروح والحق عند ذلك للوارث فاذنه في القتل صادف محلا هو حق الغير فكان لغوا وعليه القصاص بخلاف بدل الطرف

دون الحق له بعد تمام العمل فيعتبر اسقاطه وهذا بخلاف العفو فان العفو اسقاط بعد وجود السبب والاسقاط بعد وجود السبب وقبل الوجوب يصح فاما الاذن فلا يمكن أن يجعل اسقاطا لان السبب لم يوجد بعد وباعتبار عينه الاذن لاقى حق الغير فلا يصح ووجه ظاهر الرواية ان اذنه فى القتل باعتبار ابتدائه صادف حقه وباعتبار ماآله صادف حق الوارث فلاعتبار الابتداء يمكن شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولاعتبار المال تجب عليه الدية فى ماله ولهذا قال أبو يوسف فى الآذن فى قتل أبيه أو ابنه انه باعتبار الابتداء لاقى حق الغير وباعتبار المآل لاقى حقه فيصير المال شبهة فى اسقاط القود ويجب عليه الدية ولو قطع يده باذنه فمات منه لم يكن على القاطع ولا على الآمر فى ذلك شئ لان أصل الفعل صار هدرا فلو سرى الى النفس كان كذلك كما لو قطع يد مرتد فاسلم ثم سرى الى النفس وروى الحسن عن أبي حنيفة انه تجب الدية هنا لان القطع اذا اتصلت به السراية كان قتلا فاذا لم يتناوله الاذن فلا شك انه يجب الضمان به وان تناوله الاذن فهو بمنزلة قوله اقتلنى فيكون موجبا للدية ولو أكرهه على أن يصنع به شيأ لا يخاف منه تلف من ضرب سوط أو نحوه ففعل ذلك به رجوت أن لا يأثم فيه لانه يدفع الهلاك عن نفسه بما يلحق الهم والحزن بغيره وقد رخص له الشرع فى ذلك فان المضطر يباح له أن يأخذ مال الغير فيتناوله بغير رضاه فان أبى عليه ذلك فمات منه كانت ديته على عاقلة المكره لان فعل المكره صار منسوبا الى المكره فكأنه فعل ذلك بنفسه وهذا بمنزلة الخطأ وهو يوجب الدية علي عاقلته وهذا اذا لم يكن المقتول أذن له فى ذلك فان كان أذن له فى ذلك طوعا فلا ضمان فيه على أحد لان فعل الغير به باذنه كفعله بنفسه ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأخذ مال رجل فيرمى به فى مهلكة فأذن له صاحبه فيه ففعله فلا شيء على واحد منهما لان صاحب الحق أسقط حقه بالاذن له فى الاتلاف طوعا ولو كان أكره صاحب المال بوعيد تلف أيضا على أن أمره بذلك فاذنه مع الاكراه لغو والضمان على المكره لان المكره آلة فى ذلك الفعل والفعل صار منسوبا الى المكره ولا ضمان على الفاعل ان علم أن صاحب المال مكره على الاذن أو لم يعلم لانه بالالجاء يصير كالآلة ولا يختلف ذلك باختلاف صاحب المال فى الاذن طوعا أو كرها ولو كان الفاعل أكره على ذلك بحبس أو قيد لم يحل له أن يستهلك مالا لان هذا من مظالم العباد فلا يرخص له فى الاقدام عليه بدون الالجاء وبالحبس والقيد لا يتحقق الالجاء الا أن يأمره به صاحبه بغير اكراه فحينئذ لاشيء

عليه من اثم ولا ضمان لان صاحب المال صار باذلا ماله بالاذن والمال مبتذل وانما كان ممنوعا من اتلافه لمراعاة حق صاحب المال فاذا رضى به طوعا كان له الاقدام عليه والعبد والامة فيما يأذن فيه مولاهما فى جميع ما وصفنا بمنزلة الحر والحرة الا فى خصلة واحدة ان القاتل لا يغرم نفس المملوك اذا أذن المولى فى قتله بغير اكراه لان الحق في بدل نفسه له باعتبار المال والمآل فيعتبر اذنه فى اسقاط الضمان كما يعتبر اذن صاحب اليد فى اسقاطه حقه فى بدله عن القاطع والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على البيع ثم بيعه المشترى من آخر أو يعتقه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على بيع عبد له يساوى عشرة آلاف درهم من هذا الرجل بالف درهم ويدفعه اليه ويقبض الثمن ففعل ذلك وتقابضا والمشترى غير مكره فلما تفرقوا عن ذلك المجلس قال البائع قد أجزت البيع كان جائزا لان الاكراه لا يمنع انعقاد أصل البيع فقد وجد مابه ينعقد البيع من الايجاب والقبول من أهله فى محل قابل له ولكن امتنع نفوذه لانعدام تمام الرضا بسبب الاكراه فاذا أجاز البيع غير مكره فقد تم رضاه به ولو أجاز بيعا باشره غيره نفذ باجازته فاذا أجاز بيعا باشره هو كان أولى به ولان بيع المكره فاسد والفساد بمعنى وراء مايتم به العقد فباجازته يزول المعنى المفسد وذلك موجب صحة البيع كالبيع بشرط أجل فاسد أوخيار فاسد اذا أسقط من له الاجل أو الخيار ماشرط له قبل تقرره كان البيع جائزا وكذلك لو لم يكن البائع قبض الثمن فقبضه من المشترى بعد ذلك كان هذا اجازة للبيع لوجود دليل الرضا منه بقبض الثمن طائعا فانه قبضه لتملكه ملكا حلالا ولا يكون ذلك الا بعد اجازة البيع ودليل الرضا كصريح الرضا وفى البيع بشرط الخيار للبائع اذا قبض البائع الثمن روايتان فى اسقاط خيار البائع فى احدى الروايتين يسقط به خياره لوجود دليل الرضا منه بتمام البيع وفى الرواية الاخرى لا يسقط خياره على ماذكر فى الزيادات وهو الاصح والفرق على تلك الرواية أن نقول هناك انعدام الرضا باعتبار خيار مشروط نصا وقبض الثمن لاينافى شرط الخيار ابتداء فلا ينافى بقاءه بطريق الاولى وهنا الخيار ثبت حكما لانعدام الرضا بسبب الاكراه وبين قبض الثمن الذى هو دليل الرضا وبين الاكراه منافاة وبقبض الثمن طوعا ينعدم معنى الاكراه ويوضحه أن هناك

العقد فى حق الحكم كالمتعلق بالشرط وبقبض الثمن لا يصير الشرط موجودا وهنا العقد فى حق الحكم منعقد غير متعلق بالشرط ولكنه غير نافذ لانعدام الرضا وقبض الثمن دليل الرضا فيتم به البيع ولو لم يفعل ذلك حتى أعتق المشترى العبد فعتقه جائز عندنا لانه ملكه بالقبض وانما أعتق ملك نفسه فان قال المكره بعد ذلك قد أجزت البيع كانت اجازته باطلة لان الاجازة انما تعمل فى حال بقاء المعقود عليه محلا لحكم العقد ابتداء وبعد العتق أو التدبير أو الاستيلاد لم يبق محلا لذلك فلا تصح اجازته كما في البيع الموقوف اذا أجازه المالك بعد هلاك المعقود عليه فى يد المشترى ولان الفساد قد تقرر حين وجب على المشترى قيمة العبد للبائع دينا فى ذمته فان ذلك حكم العقد الفاسد وبعد ماتقرر المفسد لا ينقلب العقد صحيحا ولان العبد قد وجب للمشترى بالقيمة فبعد ماتقرر ملكه فيه بضمان القيمة وانتهى لا يمكن أن يجعل مملوكا له بالثمن ولو لم يقبض المشترى ولم يحدث فيه شيأ ولم يجز البائع البيع حتى التقيا فقال المشترى قد نقضت البيع فيما بينى وبينك وقال البائع لا أجيز نقضك وقد أجزت البيع فقد انتقض البيع لان فى البيع الفاسد قبل القبض كل واحد من المتعاقدين ينفرد بفسخه فان فسخه لاجل الفساد مستحسن شرعا على كل واحد منهما وما يكون مستحقا عليه شرعا يتم بمباشرته فاذا انفسخ العقد بفسخ المشترى لا تلحقه الاجازة بعد ذلك من جهة البائع لان الاجازة تلحق الموقوف لا المفسوخ والحاصل أن بيع المكره بمنزلة البيع بشرط أجل فاسد أو خيار فاسد وهنا لكل واحد من المتعاقدين أن ينفرد بفسخه قبل القبض وبعد القبض من له الخيار أو الاجل الفاسد ينفرد بفسخه وصاحبه لا ينفرد بفسخه على ما فسره فى آخر الباب لان قبل القبض العقد ضعيف جدا وكل واحد من المتعاقدين ينفرد بفسخ العقد الضعيف فأما بعد القبض فقد تأكد العقد بثبوت حكمه وانضمام ما يقويه اليه وهو القبض فالمنفرد به من ليس له خيار ولا أجل لان رضاه بالعقد مطلقا قد تم وانما ينفرد بفسخه من شرط الخيار والاجل له لانه لا يتم منه الرضا بالعقد مطلقا فكذلك فى مسئلة الاكراه قبل القبض ينفرد كل واحد منهما بالفسخ وبعد القبض المكره ينفرد بالفسخ لانعدام الرضا من جهته والآخر لا ينفرد بفسخه مالم يساعده المكره عليه أو يقض القاضى به وهذا بخلاف البيع بالخمر فهناك كل واحد منهما ينفرد بفسخه قبل القبض وبعده لان المفسد هنالك متمكن فى صلب العقد ولهذا لا يحتمل التصحيح الا بالاستقبال فلتمكن المفسد فى صلب العقد كان ضعيفا قبل القبض

وبعده فينفرد كل واحد منهما بفسخه والذى شرط الخمر لا اشكال أنه ينفرد بفسخه وصاحبه كذلك لانه مارضى بوجود بدل آخر عليه سوى المسمى فكان له أن ينفرد بفسخه فأما فى هذه الفصول فالمفسد غير متمكن فى صلب العقد ولكنه لمعنى وراء مايتم به العقد ولهذا أمكن تصحيحه بالاجازة فمن ليس فى جانبه المعنى المفسد قد تم الرضا منه بملك المعقود عليه بالبدل المسمى وباجازة صاحبه لا يثبت الا ذلك فلهذا لا ينفرد بفسخه بعد تأكد العقد بالقبض ولو باعه المشترى من المكره من آخر وقد كان قبضه بتسليم البائع مكرها فالبائع على خياره ان شاء نقض البيع الاول والثانى وأخذ عبده وان شاء أجاز البيع الاول لان البيع الثانى فى كونه محتملا للفسخ كالاول والبائع غير راض بواحد من البيعين فيكون متمكنا من استرداده وباسترداده ينفسخ البيعان جميعا كما لو اشترى عبدا بالف درهم حالة وقبضه المشترى بغير أمر البائع فباعه كان جائزا لمصادفته ملكه وللبائع الاول أن يسترده لانه غير راض بالعقد الثانى حين كان ممتنعا من تسليمه الى المشترى فاذا استرده انتقض البيع الثانى وكذلك فى حق المكره بخلاف البيع الفاسد بشرط أجل أو خيار مجهول فالمشترى هنالك اذا باعه من غيره ونفذ بيعه لا يكون للبائع أن يسترده لان البيع الثانى حصل برضا البائع الاول وتسليطه عليه فتسليمه المبيع الى المشترى طائعا يكون تسليطا له على التصرف وهنا البيع الثانى كان بغير رضا المكره لانه كان مكرها على التسليم فيتمكن من نقض البيعين واسترداد العبد فان أجاز البيع الاول فقد أسقط حقه فى استرداد العبد فينفذ البيع الثانى لانه حصل من المشترى فى ملكه ويده كما لو قبض المبيع بغير اذن البائع وباعه ثم سلم البائع الاول للمشترى الاول فبيعه جاز البيع الثانى لهذا المعنى وكذلك فى الفصلين يجوز كل بيع جرى فيه وان تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض اذا نفذ البيع الاول باجازة البائع كذلك البيع بقبض المشترى لان كل واحد منهم باع ملكه بعد ما قبضه بحكم عقد صحيح الا انه كان للبائع الاول حق الفسخ فاذا سقط حقه بالاجازة نفذت البيوع كلها وكذلك فى مسألة المكره لو تناسخه عشرة بيع بعضهم من بعض كان للمكره أن ينقض البيوع كلها ويأخذ عبده فان سلم بيعا من هذه البيوع الاول أو الثانى أو الآخر جازت البيوع كلها لان تسليمه اسقاط منه لحقه فى استرداد المبيع فاما البيع من كل مشتر فكان فى ملكه لنفسه ولكن يوقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الفسخ وبالاجازة سقط حقه فتنفذ البيوع كلها كالراهن اذا باع المرهون وأجاز المرتهن البيع أو الآخر

باع المستأجر فاجازه المستأجر بعد البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه فى الفسخ الا أن يكون مملكا باجازته واذا جازت البيوع كلها كان الثمن للمكره على المشترى الاول ولكل بائع الثمن على المشترى لان العقد الاول نفذ بين المكره والمشترى الاول بهذه الاجازة فله أن يطالبه بالثمن وكل عقد بعد ذلك انما نفذ بين البائع والمشترى منه فيكون الثمن له وهذا بخلاف الغاصب اذا باع المغصوب وسلمه ثم باعه المشترى من غيره حتى تناسخته بيوع ثم أجاز المالك بيعا من تلك البيوع فانه ينفذ ما أجازه خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على اجازته لمصادفته ملكه فتكون اجازته لاحد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وهنا المشترى من المكره كان مالكا فالبيع من كل مشتر صادف ملكه وانما يوقف نفوذه على سقوط حق المكره فى الاسترداد وعلى هذا لا يفترق الحال بين اجازة البيع الاول أو الآخر فلهذا نفذت البيوع كلها باجازته عقدا منها فان أعتقه المشترى الآخر قبل اجازة البائع وقد تناسخ العبد عشرة كان العتق جائزا من الذى أعتقه ان لم يقبضه لان كل بائع صار مسلطا المشترى منه على اعتاقه بايجابه البيع له مطلقا وصح هذا التسليط لانه يملك الاعتاق بنفسه فيملك أن يسلط الغير عليه ويستوى ان الآخر قبضه أو لم يقبضه لان شراءه من بائعه صحيح وان كان للمكره حق الفسخ بالاسترداد وفى الشراء الصحيح المشتري تملك المعقود عليه بنفس العقد وينفذ العتق فيه قبضه أولم يقبضه بخلاف المشترى من المكره فان شراءه فاسد لانعدام شرط الجواز وهو رضا البائع به فلا يكون مالكا قبل القبض فلهذا لا ينفذ عتقه فيه الا بعد قبضه فاذا سلم المكره بعد ذلك لم يجز تسليمه لما بينا أن حقه تقرر فى ضمان القيمة فلا يتحول الى ضمان الثمن وان المحل بعد العتق لم يبق قابلا لحكم العقد ابتداء فلا تعمل اجازته أيضا وكان له أن يضمن قيمة عبده أيهم شاء لان كل واحد منهم متعد فى حقه بقبض العين على وجه التملك لنفسه بغير رضاه فله أن يضمن قيمته أيهم شاء وان شاء ضمن المكره لانه فى التسليم كان مكرها من قبله بوعيد تلف فيصير الاتلاف الحاصل به منسوبا الى المكره فله أن يضمنه قيمته فان ضمن الذى أكرهه رجع بها المشترى الاول لانه قام مقام المكره فى الرجوع عليه بعد ما ضمنه القيمة وقد بينا ان البيع لا ينفذ من جهة المكره حين ضمن القيمة لانه ما قصد البيع من جهته فاذا رجع بالقيمة على المشترى الاول جازت البيوع كلها وكذلك ان ضمن البائع المشترى الاول برئ الذى أكرهه وتمت البيوع

الباقية كلها لان الملك قد تقرر للمشترى الاول من حين قبضه وهو انما باع ملك نفسه فينفذ بيعه وكذلك كل بائع بعده ولانه فى هذا لا يكون دون الغاصب والغاصب اذا باع ثم ضمن القيمة ينفذ بيعه فهنا كذلك فان ضمنها أحد الباعة الباقين سلم كل بيع كان بعد ذلك البيع وبطل كل بيع كان قبل ذلك لان استرداد القيمة منه كاسترداد العين وان القيمة سميت قيمة لقيامها مقام العين ولو استرد العين منه بطل كل بيع كان قبله الاستحقاق وكذلك اذا استرد القيمة وجاز كل بيع كان بعده لان الملك قد تقرر للضامن حين ضمن القيمة فتبين انه باع ملك نفسه فيكون بيعه جائزا حتى اذا ضمن المشترى الآخر بطلت البيوع لان استرداد القيمة منه كاسترداد العبد ويرجع هو على بائعه بالثمن الذى أعطاه وكذلك كل مشتر يرجع على بائعه حتى ينتهوا الى البائع المكره لان البيوع كلها قد انتقضت وكل واحد منهم قبض الثمن بحكم بيعه فبعد الانتقاض يلزمه رده على من قبضه منه ولو أكره بوعيد تلف على أن يشترى من رجل عبدا له يساوى ألف درهم بعشرة آلاف درهم والبائع غير مكره فاكره على الشراء والقبض ودفع الثمن فلما قبضه المشترى أعتقه أو دبره أو كاتب أمة فوطئها أو قبلها بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة وأقر بذلك أو قال قد رضيتها فهذا كله جائز عليه لان البيع تام من جهة البائع وانما امتنع لزومه فى حق المشترى لانعدام الرضا منه بحكمه حين كان مكرها فاذا أجازه فقد تم رضاه به وكذلك دليل الاجازة منه كصريح الاجازة ومباشرته هذه التصرفات المختصة بالملك حالا أو مقصودا دليل الرضا منه بالحكم وهو الملك فلهذا يتم به البيع وهو بمنزلة مالو اشترى جارية على انه بالخيار أبدا وقبضها فالبيع فاسد فان تصرف فيها بشئ من هذه التصرفات نفذ تصرفه وجاز البيع لانه بتصرفه صار مسقطا لخياره مزيلا للمفسد وهو بمنزلة مالو اشترى عبدا بألف درهم الى الحصاد أو الدياس فالبيع فاسد فان أبطل المشترى الاجل وأعطى الثمن حالا جاز شراؤه الا أن فى هذه المسألة بالاعتاق والوطء لا ينقلب العقد صحيحا لان المفسد شرط الاجل ولم ينعدم ذلك بمباشرته هذه التصرفات وفى مسئلة الخيار والاكراه المفسد انعدام الرضا منه بالحكم وهذه التصرفات منه دليل الرضا بالحكم وهو الملك فلهذا نفذ به البيع ولو كان أكره البائع ولم يكره المشترى فلم يقبض المشترى العبد حتى أعتقه كان عتقه باطلا لما بينا ان بيع المكره فاسد والبيع الفاسد لا يملك به الا بعد القبض فاعتاقه قبل القبض لم يصادف ملكه فان أجازه البائع بعد عتق المشترى جاز البيع لبقاء المعقود عليه محلا لحكم العقد ولم يجز ذلك العتق الذى كان من

المشترى لانه سبق ملكه فلا ينفذ لحدوث الملك له فى المحل كمن أعتق عبد الغير ثم اشتراه ولو أعتقا جميعا العبد جاز عتق البائع لانه صادف ملكه وانتقض به البيع لانه فوت باعتاقه محل البيع وهو نظير مالو كان البائع بالخيار فى البيع ثلاثة أيام فاعتقه هو والمشتري جاز عتق البائع وبطل عتق المشتري ولو كان المشترى قبضه ثم أعتقاه جميعا عتق العبد من المشترى لان البيع فاسد والمشترى بالقبض صار مالكا فعتقه صادف ملكه وعتق البائع صادف ملك الغير فلهذا نفذ العتق من المشترى دون البائع ولو كانا مكرهين جميعا على العقد والتقابض ففعلا ذلك فقال أحدهما بعد ذلك قد أجزت البيع كان البيع جائزا من قبله وبقى الآخر على حاله لان الذى أجاز صار راضيا به فكأنه كان فى الابتداء راضيا وذلك يوجب نفوذ البيع من قبله لا من قبل صاحبه المكره وهو نظير مالو شرط فى البيع الخيار ثم أسقط أحدهما خياره بعد العقد من جهته وكان الآخر على خياره فان أجازا جميعا بغير اكراه جاز البيع لوجود تمام الرضى بينهما بالبيع ولو لم يجيزا حتى أعتق المشتري العبد جاز عتقه لانه ملكه بالقبض مع فساد العقد فكان ضامنا لقيمته فان أجاز الآخر بعد ذلك لم يلتفت الى اجازته لتقرر ضمان القيمة على المشتري وفوات محل حكم العقد ابتداء وان لم يتقابضا فاجاز أحدهما البيع بغير اكراه فالبيع فاسد على حاله لان بقاء الاكراه فى جانب صاحبه كاف لفساد البيع فان اعتقاه جميعا معا وقد أجاز أحدهما البيع فان كان العبد غير مقبوض فعتق البائع فيه جائز وعتق المشتري باطل لانه قبل القبض باق على ملك البائع لفساد البيع فاعتاقه صادف ملكه وان أعتقه أحدهما ثم أعتقه الآخر فان كان البائع هو الذى أجاز البيع وقد أعتقه المشترى قبله فهذا اجازة منهما للبيع لان اقدام المشترى على الاعتاق رضا منه بحكم البيع وذلك يوجب نفوذ العتق من قبله وانما يوقف نفوذه لعدم الرضى من البائع فاذا أجاز البيع ثم بتراضيهما والثمن المسمى للبائع على المشترى والعتق لا ينفذ من المشترى لانه سبق ملكه وان كان البائع أعتق أولا فهو باعتاقه قد نقض البيع ونفذ العتق من قبله فلا يعمل فيه اجازة واحد منهما ولا اعتاق المشترى بعد ذلك وان كان الذى أجازه أول مرة من المشترى ولم يجزه البائع فعتق البائع جائز فيه وقد انتقض البيع به ان أعتقه قبل المشترى أو بعده لانه باق على ملك البائع بعد اجازة المشترى فاعتاق البائع يصادف ملكه فينفذ وينتقض به البيع وانما مثل هذا مثل رجل اشترى عبدا بالف درهم على أن المشترى بالخيار أبدا فلم يقبضه حتى أعتقاه فعتق البائع جائز

لان شرط الخيار بهذه الصفة يفسد البيع وفي البيع الفاسد المبيع على ملك البائع قبل تسليمه الى المشترى فينفذ عتقه فيه وكذلك لو سبق البائع بالعتق فان أعتقه المشتري أولا فالقياس فيه أن عتقه باطل لان البيع فاسد ولا يملكه المشترى قبل القبض والاعتاق اذا لم يصادف الملك كان باطلا ولكنا نستحسن فنجعل عتقه اياه رضا بالبيع لان الخيار الفاسد لا يكون أقوى من الخيار الصحيح ولو كان المشترى شرط لنفسه خيار ثلاثة أيام ثم أعتقه كان اعتاقه اسقاطا منه الخيار وباسقاط الخيار يزول المعنى المفسد وهذا لان الفساد لانعدام الرضا منه بحكم البيع واقدامه على العتق يتضمن الرضا منه بالحكم وهو الملك فيقدم الرضى وثبوت الملك له على العتق لتنفيذ العتق كما قصده فان من قصد تنفيذ تصرف فى محل لا يمكنه ذلك الا باعتبار تقديم شرط في المحل يقدم ذلك ليصح كمن يقول لغيره اعتق عبدك عني على ألف درهم فيقول قد أعتقت أو يقول صاحب العبد أعتقت عبدى عنك على ألف درهم وقال الآخر قد رضيت عتق العبد عن المعتق عنه ووقع العتق والملك معا رضاه بذلك أو تقدم الملك فى المحل على العتق فكذلك فيما سبق ولو كان المشترى قبض العبد فى الاكراه وفى الخيار الفاسد ثم أجاز أحدهما البيع فى الاكراه لم يجز عتق البائع فيه على حال لان ملك البائع زال بتسليمه الى المشترى ويكون البيع مطلقا من جهته وجاز عتق المشترى فيه لمصادفته ملكه فان كان الذى أجاز البيع فى الاكراه البائع جاز العتق والبيع بالثمن لان المشترى بالاعتاق صار مجيزا وان كان الذى أجاز البيع المشترى جاز عتقه وغرم القيمة للبائع لان البيع فاسد لانعدام الرضى من البائع به فان كان قبض منه الثمن حاسبه به وأعطاه فضلا ان كان له ولو ان المشتري أكره على الشراء والقبض ودفع الثمن ولم يكره البائع على ذلك وتقابضا ثم التقيا فقال البائع قد نقضت البيع لم يلتفت الى قوله وكان ذلك الى المشترى وما بعد هذا الى آخر الباب مبنى على ماقررناه فى أول الباب ان بعد القبض انما ينفرد بالفسخ من كان مكرها منهما دون صاحبه الذى لم يكن مكرها وقبل القبض كل واحد منهما متمكن من النقض بعد صحة النقض عاد الى ملك البائع فلا ينفذ عتق المشترى فيه بعد ذلك لان ملك البائع مضمون فى يده كالمغصوب و ينفذ عتق البائع فيه لمصادفته ملكه

باب الاكراه على مايجب به عتق أو طلاق

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على ان يشترى من رجل عبدا بعشرة آلاف درهم وقيمته ألف وعلى دفع الثمن وقبض العبد وقد كان المشترى حلف ان كل عبد يملكه فيما يستقبل فهو حر أو حلف على ذلك العبد بعينه فقد عتق العبد لانه ملكه بالقبض بعد الشراء لما بينا أن شراء المكره فاسد وبالملك يتم شرط العتق فاسدا كان السبب أو صحيحا والمتعلق بالشرط عند وجود الشرط كالمنجز فكأنه أعتقه بعد ماقبضه فيعتق وعلى المشترى قيمته للبائع ولا يرجع على المكره بشئ لانه ألزمه بالاكراه على الشراء والقبض مقدار القيمة وقد أدخل فى ملكه بمقابلة مايعدله ثم دخل فى ملكه تلف بالعتق ولم يوجد من المكره اكراه على هذا الاتلاف لان الملك شرط العتق فأما السبب وهو اليمين السابق فلان كلمة الاعتاق وهى قوله أنت حر وجدت فى اليمين دون الشرط وانما يحال بالاتلاف على السبب دون الشرط وهو ما كان مكرها عليه من جهة أحد (ألا ترى) انه لو قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر فشهد شاهدان انه قد دخلها وقضى القاضى بالعتق ثم رجعا لم يضمنا شيأ وفى قياس قول زفر رحمه الله يجب الضمان على المكره لانه يقول الحكم مضاف الى الشرط وجودا عندى ولهذا أوجب الضمان على شهود الشرط فكذا فى الاكراه يوجب الضمان على المكره على الشرط لحصول تلف المالية عنده ولكنا نقول المكره انما يضمن اذا صار الاتلاف منسوبا اليه ولا يكون ذلك الابالاكراه على مايحصل به التلف بعينه وكذا لو اكرهه على شراء ذى رحم محرم منه وعلى قبضه باكثر من قيمته فاشتراه وقبضه عتق عليه لانه ملكه ومن ملك ذا رحم محرم منه فهو حر وعليه قيمته لان الشراء فاسد وقد تعذر رد المشترى لنفوذ العتق فيه فيلزمه قيمته ويبطل عنه مازاد على قدر القيمة من الثمن لانه التزمه مكرها والتزام المال مع الاكره لا يصح ولا يرجع على المكره بشئ لانه عتق بقرابته ولم يوجد من المكره اكراه على تحصيل السبب الذى به حصل العتق فان قيل لا كذلك فالملك هنا متمم عليه العتق لان القريب انما يعتق على القريب بالقرابة والملك جميعا والحكم متى تعلق بعلة ذات وصفين يحال به على آخر الوصفين وجودا ولهذا لو اشترى قريبه ناويا عن كفارته جاز لان بالشراء يصير معتقا متمما لعلة العتق فهنا المكره يكون متمما عليه العتق فيضمن قيمته كما لو كان أكرهه على الاعتاق بعينه قلنا نعم الملك متمم عليه العتق ولكن بين المشترى والعبد لان القرابة

وجدت فى حقهما فأما فى حق المكره فالشراء ليس بمتمم عليه العتق لان أحد الوصفين وهو
القرابة غير موجود فى جانب المكره اذ لا صنع له فى ذلك أصلا والاضافة اليه باعتبار صنعه فاذا
انعدم ذلك الوصف فى حقه لم يكن الشراء اتلافا فى حقه ومالم يصر الاتلاف منسوبا اليه
لا يجب الضمان عليه فاما فى الكفارة فالشراء متمم للعلة فى حق المشترى والقريب فيصير به معتقا
والثانى ان عتق القريب بطريق المجازاة مستحق عليه عند دخوله فى ملكه الا أنه اذا نوى به
الكفارة وقع عما نوى ولم يكن مجازاة للقرابة فتتأدى به الكفارة فاما هنا فالمكره مانوى شيئا
آخر سوى المجازاة لانه اذا نوى شيئا آخر يصير طائعا والمكره انما أكرهه على المجازاة
فيكون هذا اكراها على اقامة ما هو مستحق عليه وذلك لا يوجب الضمان على المكره كما
لو أكرهه على أن يؤدى زكاة ماله أو يكفر يمينه وكذلك لو أكرهه على شراء أمة قد ولدت
منه أو أمة مدبرة لن ملكها لان التدبير والاستيلاد انما يحصل عند وجود الشرط بالسبب
المتقدم وهو لم يكن مكرها على ذلك السبب وثبوت حق العتق بها عند وجود الشرط لا
يكون أقوى من ثبوت حقيقة الحرية وقد بينا ان الاكره على ايجاد الشرط فى حقيقة الحرية
لا يوجب الضمان على المكره فكذلك فى حق الحرية واستوضح بفصل الشهادة اذا شهد
شاهدان على رجل انه اشترى هذا العبد بألف درهم هى قيمته والبائع يدعي البيع وقد كان
المشترى قال ان ملكته فهو حر فقضى القاضى بذلك وأعتقه ثم رجعا فلا ضمان عليهما لانه
انما أعتقه بقوله فهو حر لا بشرائه والشهود ما أثبتوا تلك الكلمة بشهادتهم وكذلك لو قال
عبده حر ان دخل هذه الدار فأكرهه بوعيد تلف حتى دخل فانه يعتق لانه هو الداخل
بنفسه وان كان مكرها بخلاف ما اذا حمل فادخل لانه الآن مدخل لا داخل فلا يصير الشرط
به موجودا الا أن يكون قال ان صرت فى هذه الدار فعبدى هذا حر فحمله المكره حتى
أدخله الدار وهو لا يملك من نفسه شيئا فانه يعتق لوجود الشرط ولا ضمان على المكره فى
الوجهين لان العتق انما حصل بقوله هو حر لا بحصوله فى الدار فان الحرية من موجبات قوله
هو حر لا من موجبات دخول الدار فالاتلاف الحاصل به لا يكون مضافا الى من أدخله
الدار ولذلك لو قال ان تزوجت فلانة فهى طالق فأكره على تزوجها بمهر مثلها طلقت ولزمه
نصف الصداق لما بسبب الطلاق قبل الدخول ولم يرجع على المكره بشئ لانه ما أكرهه
على الطلاق انما أكرهه على التزوج وقد دخل فى ملكه بالتزوج ما يعادل ما لزمه من المهر لان

البضع عند دخوله في ملك الزوج متقوم قال (ألا ترى) أنه لو قال لامرأته ولم يدخل بها ان شججتني اليوم أحداً فأنت طالق أو قال ذلك لعبده فشج ان العبد يعتق والمرأة تطلق وعلى الشاج أرش الشجة وليس عليه من قيمة العبد ولا من نصف الصداق شيء للمعنى الذي قلنا وزفر رحمه الله في الكل مخالف ولكن من عادة محمد رحمه الله الاستشهاد بالمختلف على المختلف لايضاح الكلام ولو أكره بوعيد تلف حتى يجعل عتق عبده في يد هذا الرجل أو طلاق امرأته ولم يدخل بها ففعله فطلق ذلك الرجل المرأة أو أعتق العبد وقع الطلاق والعتاق لان الاكراه لا يمنع صحة الاعتاق والطلاق فكذلك لا يمنع صحة التسليم بها عليه وصحة تمليكه من غيره بجعله في يده (ألا ترى) ان الاكراه في هذا كشرط الخيار وشرط الخيار كما لا يؤثر في الاعتاق لا يؤثر في تفويض العتق الى الغير ثم القياس فيه أن لا يغرم المكره شيئاً لانه ما أكرهه على السبب المتلف فان السبب قول المجعول اليه للعبد أنت حر وللمرأة أنت طالق الا أنه يشترط لحصول التلف بهذا تقدم التفويض من المالك فالمكره على ذلك التفويض بمنزلة المكره على شرط العتق والدليل عليه فصل الشهادة فان شاهدين لو شهدا على رجل أنه جعل أمر عبده في العتق في يد فلان أو أمر امرأته في الطلاق ثم أعتق فلان العبد وطلق المرأة ثم رجعا عن شهادتهما لم يضمنا شيئاً فإما جعل التفويض بمنزلة الشرط في حكم الشهادة فكذلك في حكم الاكراه ولكنه استحسن فقال على المكره ضمان قيمة العبد ونصف المهر الذي غرم لامرأته لان هذا اكراه على الامر بالعتق بعينه أو بالطلاق بعينه فيصير به متلفاً عند وجود الايقاع من المفوض اليه (ألا ترى) أنه لو أكرهه على أن يجعل ذلك في يد المكره ففعل ذلك وأوقعه كان ضامناً ولا يكون ضامناً بايقاعه انما يكون ضامناً باكراهه على جعل ذلك في يده والاخذ بالقياس في هذا الفصل قبيح لانه لو أكرهه على اعتاقه كان المكره متلفاً فاذا أكرهه على جعل العتق في يد المكره وأعتقه المكره كان أولى أن يكون متلفاً والفرق بين الاكراه والشهادة من حيث ان المكره مضار متعنت فيتعدى الاكراه الى ما يتحقق فيه الضرر والشاهد محتسب في أداء الامانة ولا تتعدى شهادته عما شهد به الى غيره (ألا ترى) أن الاكراه على الهبة يجعل اكراهاً على التسليم لان الضرر به يتحقق والشهادة على الهبة لا تكون شهادة على التسليم * يوضحه أن الشاهد مخبر عن تفويض قد كان منه والايقاع من المفوض اليه ليس من جنس الخبر بل هو انشاء فلا يصح أن يكون متمما لما ثبت باخبار الشاهد فاما المكره فانما ألجاه الى انشاء التفويض فيمكن جعل

ايقاع المفوض اليه متمما لما أكرهه المكره عليه حتى يصير هو متلفا وفى الكتاب استشهد لايضاح هذا الفرق فقال (ألا ترى) ان شهود الاحصان اذا رجعوا بعد الرجم وقالوا شهدنا بالباطل ونحن نعلم انه باطل لم يكن عليهما غرم ولو لم يشهدوا بالاحصان وقال القاضى علمت أنه غير محصن وانه لا رجم ولكنى أرجمه وأكره الناس حتى رجموه كان ضامنا وبهذا تبين الفرق بين الشهادة والاكراه ثم فى هذه المسألة على قول أبى حنيفة رحمه الله الاشكال ان القاضي يضمن الدية لانه لا يرى القود فى القتل رجما على من باشره فكذلك على من أكره عليه وكذلك عند أبى يوسف رحمه الله لانه لا يرى القود على المكره اذا أكره على القتل بالسيف فبالحجارة أولى فان عند محمد رحمه الله فى القياس يجب القصاص على القاضى لانه يوجب القود على المكره والقتل بالحجر عنده كالقتل بالسيف فى حكم القصاص وهذا قتل بغير حق فكان موجبا للقصاص عليه ولكنه استحسن فجعل عليه الدية فى ماله للشبهة التى دخلت من حيث ان السبب المبيح لدمه موجود وهو الزنا فان عند ظهور احصانه انما يرجم لزناه لا لاحصانه فيصير هذا السبب شبهة فى اسقاط القود عن القاضي ولان بعض الرجم قائم مقام اقامة الحد المستحق عليه (ألا ترى) انه بعد ما رجمه القاضى بعض الرجم لو بدا له فى ذلك لم يكن له أن يقيم عليه الحد فيصير ذلك شبهة فى اسقاط القود عن القاضى وتلزمه الدية فى ماله لان المال ثبت مع الشبهات ولو أكره على أن يجعل كل مملوك يملكه فيما يستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا بوجه من الوجوه عتق ولا ضمان على المكره فيه لان العتق انما حصل باعتبار صنع من جهته وهو مختار فيه وهو قبول الشراء والهبة أو الصدقة أو الوصية وذلك منه دليل الرضا بالعتق فيكون مانعا من وجوب الضمان على المكره وان ورث مملوكا فالقياس فيه أن لا يضمن المكره شيأ لانه أكرهه على اليمين واليمين تصرف لا يحصل الاتلاف به (ألا ترى) ان العتق لا يحصل الا بعد انحلال اليمين بوجود الشرط فلم يكن الاكراه على اليمين أو تعليق العتق بالملك اكراها على ما يحصل به التلف بعينه ولكنه استحسن فقال المكره ضامن قيمة المملوك الذى ورثه لان الميراث يدخل فى ملكه شاء أو أبى بغير اختيار ولا يرتد برده وعند وجود الشرط انما ينزل العتق بتكلمه بكلام العتق وقد كان مكرها على ذلك فاذا لم يوجد منه مايدل على الرضا بعد ذلك كان المكره ضامنا (ألا ترى) انه لو أكرهه على أن يقول كل مملوك أرثه فهو حر فقال ذلك ثم ورث مملوكا يعتق ويصح أن يقال لا يضمن المكره هنا لان بذلك الاكراه قصد

اتلاف هـذا الملك عليه ولا بد من ايجاب الضمان عليه فكذلك فيما سبق ولو أكرهه فى هـذا كله بحبس لم يضمن المكره شيأ لان الاتلاف لا يصير منسوبا الى المكره بهذا النوع من الاكراه ولو أكرهه على ان قال لعبده ان شئت فأنت حر فشاء العبد عتق وغرم المكره قيمته لانه عند مشيئته عتق بقوله أنت حر وقد كان مكرها على ذلك القول ولم يوجد منه بعد ذلك مايدل على الرضا به وكذلك لو أكرهه على أن قال له ان دخلت الدار فأنت حر ثم دخلها العبد لانه لم يوجد من المولى مايدل على الرضا بذلك العتق *فان قيل لا كذلك فقد كان يمكنه أن يخرج العبد من ملكه قبل أن يدخل الدار وان شاء العتق يبيعه من غيره فاذا لم يفعل صار باستدامة الملك فيه راضيا بذلك العتق *قلنا لا كذلك فالبيع لايتم به وحده انما يتم به وبالمشترى وربما لا يجد فى تلك الساعة مشتريا يشتريه منه فلا يصير هو بهذا الطريق راضيا ولو كان أكرهه على ان قال لعبده ان صليت فأنت حر أوان أكلت أو شربت فأنت حر ثم صنع ذلك فان العبد يعتق ويغرم المكره قيمته وكذلك كل فريضة لايجد المكره بدامن أن يفعل ذلك لانه بمباشرة ذلك الفعل لايصير راضيا بالعتق فانه يخاف التلف بالامتناع من الاكل والشرب ويخاف العقوبة بترك الفريضة فيكون هو مضطرا فى الاتيان بذلك الفعل والمضطر لا يكون راضيا وهو نظير المريض اذا قال لامرأته ان أكلت أو صليت الظهر فانت طالق ثلاثا ففعلت ذلك كان الزوج فارا بهذا المعنى ولو قال له فلان ان تقاضيت دينى الذى على فلان أو أكلت طعام كذا لطعام خاص بعينه أو دخلت دار فلان فانت حر ففعل ذلك ثم فعل الذى حلف عليه عتق العبد ولم يغرم المكره شيأ لانه كان يجد من ذلك الفعل بدا فبالاقدام عليه يصير راضيا بالعتق ويخرج الاتلاف به من أن يكون منسوبا الى المكره وقد قال فى الطلاق اذا قال المريض لامرأته ان تقاضيت دينك الذى على فلان فانت طالق ثلاثا ففعلت ذلك يصير الزوج فارا والفرق بين الفصلين أن المعتبر هنا انعدام الرضا من المرأة بالفرقة ليصير الزوج فارا لا الالجاء (ألا ترى) انه لو أكرهها بالحبس حتى سألته الطلاق كان الزوج فارا لان الرضا ينعدم بالاكراه بالحبس فكذلك الرضا ينعدم منها اذا كانت تخاف هلاك دينها على فلان بترك التقاضى فأما فى هذا الموضع فالمعتبر هو الالجاء والضرورة لايجاب الضمان على المكره لاانعدام الرضا من المكره (ألا ترى) انه لو أكره بحبس أو قيد على أن يعتق عبده لم يضمن المكره شيأ وانما يتحقق الالجاء عند خوف التلف على نفسه أو خوف العقوبة

بترك الفريضة فأما خوفه على الدين الذى له على فلان فلا يوجب الضرورة والالجاء فلهذا لايضمن المكره شيأ ولو أن رجلا قتل عبده قتلا خطأ فاختصموا فيه الى القاضي فأكره القاضي المولى على عتق عبده بوعيد تلف فاعتقه وهو عالم بالجناية فلا ضمان على المولى لانه بالالجاء خرج من أن يكون مختارا للدية أو مستهلكا للعبد وانما الضمان على الذى أكرهه لان تلف العبد منسوب اليه فيغرم قيمته فيأخذها المولى منه لانه بدل ملكه ثم يدفعها الى ولى الجناية لان الرقبة كانت مستحقة لولى الجناية وقد فاتت وأخلفت بدلا ولو كان الاكراه بحبس أو قيد لم يضمن المكره شيأ لان التلف لا يصير منسوبا الى المكره بهذا التهديد ويغرم المولى قيمة العبد لاصحاب الجناية ولا يلزمه أكثر منها لانه بالاكراه بالحبس ينعدم الرضا فيخرج به من أن يكون مختارا للفداء ملتزما للدية ولكنه يكون مستهلكا للرقبة فيغرم قيمته بمنزلة مالو أعتقه وهو لايعلم بالجناية ولو كان المولى أكره بوعيد تلف حتى قتل عبده عمدا كان للمولى أن يقتل الذى أكرهه لان القتل صار منسوبا الى المكره فصار المكره آلة له بالالجاء فيجب القصاص عليه ويكون استيفاء القصاص الى المولى لانه عوض عن العبد وهو ملكه فباعتبار الملك يخلفه فى عوض نفسه خلافة الوارث المورث ويبطل حق أصحاب الجناية لفوات محل حقهم فالقصاص الواجب غير صالح لايفاء حقهم منه وان كان اكرهه بحبس أو قيد فلا شئ على المكره وعلى المولى قيمته لاصحاب الجناية لانه مستهلك للعبد فانه لم يصر ملجأ بالاكراه بالحبس فكان الفعل مقصورا عليه ولكنه لم يصر مختارا للفداء لانعدام الرضا منه بالتزام الدية لاجل الاكراه بالحبس فيلزمه قيمته للاستهلاك كما لو قتله وهو لايعلم بالجناية والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على النذر واليمين

(قال رحمه الله) ولو أكره بوعيد تلف حتى جعل على نفسه صدقة لله أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة فى سبيل الله أو بدنة أو شيأ يتقرب به الى الله تعالى لزمه ذلك وكذلك لو أكرهه على اليمين بشئ من ذلك أو بغيره من الطاعات أو المعاصي والاصل فيه حديث حذيفة رضى الله عنه ان المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم فى غزوة حلف مكرها ثم أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه

الصلاة والسلام أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم وقد بينا ان اليمين بمنزلة الطلاق والعتاق فى أن الهزل والجد فيه سواء وهذا لان فيه منع نفسه عن شئ وايجاب شئ على نفسه لحق الله تعالى فيكون فى معنى الطلاق والعتاق الذى يتضمن تحريم الفرج حقا لله تعالى فيستوي فيه الكره والطوع والنذر بمنزلة اليمين فى هذا المعنى وقال عليه الصلاة والسلام النذر يمين ولا ضمان على المكره فى شئ من ذلك لان التزامه لايصير منسوبا الى المكره وانما ينسب اليه التلف الحاصل به ولا يتلف عليه شئ بهذا الالتزام ثم المكره انما ألزمه شيأ يؤثر الوفاء به فيما بينه وبين ربه من غير أن يجبر عليه فى الحكم فلو ضمن له شيأ كان يجبر على ايفاء ماضمن فى الحكم فيؤدى الى أن يلزمه أكثر مما يلزم المكره وهذا لايجوز ولو كان اكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا لان الظهار من أسباب التحريم ثم يستوى فيه الجد والهزل وقد كان طلاقا فى الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فكما أن الاكراه لايؤثر فى الطلاق فكذلك فى الظهار فان أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذى أكرهه لانه أمره بالخروج عن حق لزمه وذلك منه حسبة لااتلاف شئ عليه بغير حق وان أكرهه على عتق عبد بعينه عن ظهار ففعل عتق وعلى المكره قيمته لانه صار متلفا عليه مالية العبد باكراهه على ابطاله ولو لم يكن عتق هذا العبد بعينه مستحقا عليه بل المستحق كان واجبا فى ذمته يؤمر بالخروج عنه فيما بينه وبين ربه وذلك فى حكم العين كالمعدوم فلهذا ضمن المكره قيمته بخلاف الاول لان هناك أمره بالخروج عما فى ذمته من غير ان يقصد ابطال ملكه فى شئ من أعيان ماله ثم لايجزيه عن الكفارة هنا لانه فى معنى عتق بعوض ولو استحق العوض على العبد بالشرط لم يجز عن الكفارة وكذلك اذا استحق العوض على المكره فان قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزيني من الكفارة لم يجز ذلك لان العتق بعد غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعده ابراء عن الدين والابراء لاتتأدى الكفارة وان قال أعتقته حين أكرهني وأردت به كفارة الظهار ولم أعتقه لاكراهه اجزأه عن كفارة الظهار ولم يكن له على المكره شئ لانه أقر انه كان طائعا فى تصرفه قاصدا الى اسقاط الواجب عن ذمته واقراره حجة عليه وان قال أردت العتق عن الظهار كما أمرني ولم يخطر ببالي غير ذلك لم يجزه عن كفارة الظهار وله على المكره القيمة لانه أجاب المكره الى ما أكرهه عليه وهو العتق عن الظهار فلا يخرج به من أن يكون مكرها واذا كان مكرها كان التلف

منسوبا الى المكره بخلاف الاول فان هنالك لو أقر انه لم يعتقه لا كراهه بل لاختياره اسقاط الواجب عن ذمته به طوعا وان كان أكرهه بحبس أو قيد فلا ضمان على المكره لانعدام الالجاء وجاز عن كفارته لان العتق حصل بغير عوض واقترنت به نية الظهار ولو أكرهه بوعيد تلف حتى آلى من امرأته فهو مول لان الايلاء طلاق مؤجل أو هو يمين في الحال والاكراه لا يمنع كل واحد منهما فان تركها أربعة أشهر فبانت منه ولم يكن دخل بها وجب عليه نصف المهر ولم يرجع به على الذى أكرهه لانه كان متمكنا من أن يقربها فى المدة فاذا لم يفعل فهو كالراضى بما لزمه من نصف الصداق وان قربها كانت عليه الكفارة ولم يرجع على المكره بشئ لانه ماجرى على سنن اكراهه فانه بالاكراه منعه من القربان وقد أتى بضده ولانه لزمه كفارة يمين بها فلا يرجع عليه بضمان يحبس به ولو أكرهه على أن قال ان قربتها فهى طالق ثلاثا ولم يدخل بها فقربها فطلقت ولزمه مهرها لم يرجع على المكره بشئ لانه خالف ماأكرهه عليه ولان المهر لزمه بالدخول فاما أتلف عليه باكراهه ملك النكاح وذلك ليس بمتقوم فلا يضمن المكره له قيمته وان لم يقربها حتى بانت بمضى أربعة أشهر فعليه نصف الصداق ولم يرجع به على الذى أكرهه لانه كان يقدر على أن يجامعها بجب المهر بجماعه اياها لا بما ألجأه اليه المكره وأكثر مافيه انه بمنزلة الاكراه على الجماع وذلك لا يوجب الضمان على المكره وكذلك لو أكرهه على أن يقول ان قربتها فعبدى هذا حر فان قربها عتق عبده ولا ضمان على المكره لانه ماجرى على سنن اكراهه وان تركها فبانت بالايلاء قبل الدخول غرم نصف الصداق ولا يرجع على المكره بشئ لانه كان يقدر على أن يبيع عبده فى الاربعة الاشهر ثم يقربها فيسقط الايلاء ولا يلزمه شئ فان قيل البيع لا يتم به وحده وانما يتم به وبالمشترى وقد بينا قبل هذا ان تمكنه من البيع غير معتبر فى ازالة معنى الاكراه قلنا هناك كان الوقت ضيقا لان العبد يعتق بدخول الدار وعشيئة العتق ولا يتفق وجود مشتر فى ذلك القدر من المدة وهنا الوقت أربعة أشهر والظاهر انه فى هذه المدة يجد مشتريا يرغب فى شراء العبد منه وان كان مدبرا لا يقدر على بيعه وان كانت جارية هى أم ولد فان قرب المرأة عتق هذا ولا ضمان على الذى أكرهه لانه خالف ماأكرهه عليه وان تركها حتى بانت بالايلاء وقد دخل بها لم يرجع على الذى أكرهه أيضا بشئ لانه أتلف عليه النكاح وان لم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وفى القياس لا يرجع على

المكره بشئ لانه كان متمكنا من قربانها فى المدة ليسقط به الايلاء فاذا لم يفعل كان فى معنى ملتزمه من نصف المهر وفى الاستحسان يرجع على المكره بالاقل من نصف الصداق ومن قيمة المدبر الذى استحلفه على عتقه لانه ملجأ فى التزام الاقل فانه اما أن يدخل بها فيبطل ملكه عن المدبر أو لا يدخل بها فيلزمه نصف المهر بوقوع الطلاق قبل الدخول فكان ملجأ مضطرا فى أقلهما والمكره هو الذى ألجأه الى ذلك فلهذا رجع عليه بالاقل وجهم فى السؤال بين المدبر وأم الولد وقيل فى أم الولد الجواب قولهما فاما عند تحقيقه فلا يرجع بشئ لان رق أم الولد عنده فليس بمال متقوم وانما له عليها ملك المتعة بمنزلة ملك النكاح وذلك لا يكون مضمونا على المكره بالاتلاف ولو أكرهه على أن قال ان قربتها فمالي صدقة فى المساكين فتركها أربعة أشهر فبانت ولم يدخل بها أو قربها فى الاربعة الاشهر فلزمته الصدقة لم يرجع على المكره بشئ لانه ان قربها فقد خالف ما أمر به المكره وان لم يقربها فقد كان هو متمكنا من أن يقربها فى المدة ويلزمه بالقربان صدقة فيما بينه وبين ربه من غير أن يجبره السلطان عليها ولهذا لا يرجع على المكره بشئ وهو فى المعنى نظير مالو أكرهه على النذر بصدقة ماله فى المساكين والله أعلم

باب اكراه الخوارج المتأولين

(قال رحمه الله) وان غلب قوم من الخوارج المتأولين على أرض وجرى فيها حكمهم ثم أكرهوا رجلا على شئ مما وصفنا فى اكراه اللصوص أو اكره قوم من المشركين رجلا على شئ مما ذكرنا فى اكراه اللصوص فهذا فى حق المكره فيما يسعه الاقدام عليها أو لا يسعه بمنزلة اكراه اللصوص لان الالجاء تحقق بخوف التلف على نفسه وذلك عند قدرة المكره على ايقاع ما هدده به سواء كان من اللصوص أو من المشركين أو من الخوارج فاما ما يضمن فيه اللصوص أو يلزمهم به القود فى جميع ما ذكرنا فانه لا يجب شئ من ذلك على أهل الحرب ولا على الخوارج المتأولين كما لو باشروا الاتلاف بأيديهم وهذا لان أهل الحرب غير ملتزمين لاحكام الاسلام واذا انضمت المنعة بالتأويل فى حق الخوارج كانوا بمنزلة أهل الحرب فى سقوط الضمان عنهم فيما أتلفوا من الدماء والاموال للحديث الذى جاء ان الفتنة وقعت وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا متوافرين واتفقوا أنه لا قود فى دم استحل بتأويل القرآن ولا حد فى فرج استحل بتأويل القرآن ولا ضمان فى مال استحل

بتأويل القرآن الا أن يوجد شيء بعينه فيرد الى أهله وقد تقدم بيان هذا فى السير ولو أن المتأولين الشاهدين علينا بالشرك المستحلين لما لنا اقتسموه وأخذوا جوارا من جوارينا فاقتسموهن فيما بينهم كما تقسم الغنيمة واستولدوهن ثم تابوا أو ظهر عليهم ردت الجوارى الى مواليهن لانهم لم يتملكوهن اما لانعدام تمام الاحراز فتمامه بالاحراز بدار تخالف دار المستولى عليه أولبقاء احراز الملاك لبقاء الجوارى فى دار الاسلام ولا حد على الواطئ منهن ولا عقر لان المستوفى بالوطء فى حكم جزء هو عين واتلاف الجزء معتبر باتلاف الكل والاولاد احرار بغير القيمة لان الواطئ بمنزلة المغرور باعتبار تأويله والتأويل الفاسد عند انضمام المنعة بمنزلة التأويل الصحيح وولد المغرور حر ثابت النسب من المغرور الا ان فى غير هذا الموضع المغرور يضمن قيمة الاولاد لانه منع حدوث الرق فيهم فنزل ذلك منزلة الاتلاف وهنا هو لايضمن الولد بالاتلاف لصاحب الجارية فكذلك لا يغرم قيمته بسبب الغرور وكذلك أهل الحرب فيما أخذوا من المسلمين من مدبرة أو أم ولد أو مكاتبة فولدت لهم ثم أسلموا ان هؤلاء لا يملكون بالاحراز فيكون حال المشركين فيهم كحال الخوارج فى الجوارى على مابيناه والله أعلم

باب ما يخالف المكره فيه ما أمر به

(قال رحمه الله) ولو أكره الرجل على أن يهب نصف داره غير مقسوم أو لم يسم له مقسوما ولا غيره وأكره على التسليم فوهب الدار كلها وسلمها فهو جائز لانه أتى بغير ما أكره عليه فالجميع غير النصف وهبة نصف الدار غير مقسوم هبة فاسدة وهو قد أتى بهبة صحيحة عرفنا أن ماأتى به غير ما أكره عليه فكان طائعا فيه وكذلك لو أمر بهبة الدار فتصدق بها عليه أو بصدقتها عليه فوهبها له وهو ذو رحم محرم منه أو أجنبى لان الهبة غير الصدقة فالهبة تمليك المال من الموهوب له والمقصود به العوض والصدقة جعل المتصدق به لله تعالى خالصا ثم الصرف الى الفقراء لتكون كفاية من الله تعالى والدليل عليه أن صرف الصدقة الواجبة الى بنى هاشم لاتجوز والهبة لهم حسن وأنه لا رجوع فى الصدقة وحق الرجوع ثابت للواهب وفى الهبة من ذى الرحم المحرم انما لا يرجع لصيانة الرحم عن القطيعة أو لحصول المقصود بالهبة وهو صلة الرحم لانه بمنزلة الصدقة اذا ثبت أن ماأتى به غير

ما أكره عليه حقيقة وحكما كان طائعا فيه ولو أمره بالهبة فنحلها أو أعمرها كان باطلا لان النحلة والعمرى هبة فهذه الفاظ مختلفة والمقصود بالكل واحد وفى الاكراه يعتبر المقصود دل على الفرق ان اختلاف الشاهدين فى لفظة الهبة والنحلة والعمرى لا يمنع قبول الشهادة واختلافهما فى الهبة والصدقة يمنع قبول الشهادة سواء كان الموهوب له ذا رحم محرم أو أجنبيا ولو أكره على الهبة والدفع فوهب على عوض وتقابضا كان جائزا لانه أتى بغير ما أمر به فالهبة بشرط العوض بعد التقابض بيع فكانه أكرهه على الهبة فباع ولان مقصود المكره الاضرار باتلاف ملكه بغير عوض ولم يحصل ذلك اذا وهبه على عوض وقد يكون المرء ممتنعا من الهبة بغير عوض ولا يمتنع من الهبة بعوض ولو أكرهه على أن يهبه على عوض ويدفعه فباعه بذلك وتقابضا كان باطلا وكذلك لو أكره على البيع والتقابض فوهبه على عوض وتقابضا كان بعد التقابض والهبة بشرط العوض بمنزلة البيع حتى تثبت فيه جميع احكام البيع فيكون هو مجيبا الى مطلب المكره فى المعنى وان خالفه فى اللفظ ولان قصد المكره الاضرار به وذلك لايختلف باختلاف لفظ البيع والهبة بشرط العوض ولو أكره على أن يهبه ويدفعه ففعل فعوضه الآخر من الهبة بغير اكراه فقبله كان هذا اجازة منه لهبته حين رضى بالعوض لان العوض انما يكون عن هبة صحيحة ورضاه بالعوض يكون دليل الرضا منه بصحة الهبة ودليل الرضا كصريح الرضا فان سلم له العوض فان قبضه بتسليم العوض فهو جائز ولا رجوع لواحد منهما على صاحبه كما لو كانت الهبة بغير كره فعوضه وكما فى الهبة بشرط العوض وان أبى أن يسلم العوض وقال قد سلمت الهبة حين رضيت بالعوض فلا أدفع اليك العوض ولا سبيل لك على الهبة لم يكن له ذلك لان الرضا كان فى ضمن العوض وانما يكون راضيا بشرط سلامة العوض له واذا لم يسلم له كان له ان يرجع فى الهبة كما لو وهبه بشرط العوض (ألا ترى) أنه لو قال قد سلمته على أن يعوضنى كذا فأبى لم يكن هذا تسليما منه للهبة (ألا ترى) أن رجلا لو وهب جارية رجل بغير أمره لرجل وقبضها الموهوب له فقال له رب الجارية عوضنى منها فعوضه عوضا وقبضه كان هذا اجازة منه للهبة وان أبى ان يعوضه لم يكن هذا اجازة منه للهبة فكذلك ماسبق وكذلك لو أجبره على بيع عبده بالف درهم وعلى دفعه وقبض الثمن ففعل ذلك ثم قال للمشتري زدنى فى الثمن ألف درهم لم يكن هذا اجازة للبيع الاول الا أن يزيده فان زاده جاز البيع وان لم يزده فله ان يبطله وكذلك لو قال قد أجزت ذلك البيع على أن تزيدنى

ألف درهم والمعنى فى الكل واحد وهو انما رضي بشرط أن يسلم له العوض والزيادة فاذا لم يسلم لم يكن راضيا به ولوأ كرهه بوعيد تلف أو حبس على أن يبيع عبده من هذا بألف درهم ولم يأمره بالدفع فباعه ودفعه لم يكن على الذى أكرهه شئ وينبغى أن يجوز البيع اذا كان هو الدافع بغير اكراه بمنزلة مالو دفعه بعد ماافترقا من موضع الاكراه وقد بينا فيما تقدم أن الاكراه على البيع لا يكون اكراها على التسليم بخلاف الهبة (ألا ترى) لو أن لصا قال له لاقتلنك أو لتبيعنه عبدك هذا فانى قد حلفت لتبيعنه اياه فباعه خرج المكره من يمينه وهذا اشارة الى الجواب عن اشكال يقال فى هذه المسئلة ان قصد المكره الاضرار وذلك انما يكون تمامه بالاخراج من يده لان زوال الملك فى بيع المكره لا يكون الا به كما فى الهبة فتبين أنه قد يكون للمكره مقصود فى نفس البيع و لكن هذا الذى أشار اليه يتأتى فى الهبة أيضا والمعتمد هو الفرق الذى تقدم بيانه ولوأ كرهه بوعيد تلف على أن يهبه له فوهبه ودفعه فقال قد وهبته لك نخذه فأخذه الموهوب له فهلك عنده كان للمكره ان شاء ضمن المكره القيمة لان اكراهه على الهبة اكراه على التسليم وان شاء ضمن القابض لان قبضه على سبيل التملك لنفسه بغير رضاه (ألا ترى) أن رجلا لو أمر رجلا ان يهب جاريته هذه لفلان فأخذها المأمور فوهبها ودفعها الى الموهوب له جاز ذلك فلما جعل التوكيل بالهبة توكيلا بالتسليم كان المقصود بالهبة لا يحصل الا بالتسليم وكذلك الاكراه على الهبة يكون اكراها على التسليم ثم بين فى الاصل ما يوضح هذا الفرق وهو ان ايجاب الهبة للموهوب له يكون اذنا فى القبض اذا كان بمحضر منهما وايجاب البيع لا يكون اذنا فى القبض وان كان المبيع حاضرا حتى لو قبضه بغير أمر البائع كان للبائع ان يأخذه منه حتى يعطيه الثمن والبيع الفاسد بمنزلة الهبة فى هذا الحكم وكان الطحاوى رحمه الله يقول فى البيع الصحيح أيضا للمشترى ان يقبضه بحضر منهما مالم ينهه البائع عن ذلك وقال ايجاب البيع الصحيح أقوى من ايجاب البيع الفاسد ولكن ما ذكره محمد فى الكتاب أصح لان القبض فى البيع الفاسد والهبة نظير القبول فى البيع الصحيح من حيث ان الملك يحصل به فاما قبض المشترى فى البيع الصحيح فيكون مسقطا حق البائع فى الحبس وايجاب البيع لا يكون اسقاطا لحقه فى الحبس فلا بد من الامر بالقبض ليسقط به حقه ولو اكرهه على أن يبيعه منه بيعا فاسدا فباعه بيعا جائزا جاز البيع لانه أتى بغير ما أمره به فالبيع الفاسد لا يزيل الملك بنفسه والبيع الجائز يزيل الملك بنفسه وكذلك الممتنع

من البيع الفاسد لا يكون ممتنعا من البيع الجائز فهو طائع فيما أتى به من التصرف ولو أكره على أن يبيعه منه بيعا جائزا أو يدفعه اليه فباعه بيعا فاسدا ودفعه اليه فهلك عنده فللبائع أن يضمن المكره ان شاء وان شاء المشترى لانه لم يخالف ما أمره به فانه وان أتى به على الوجه الذى أمره به يكون البيع فاسدا لكونه مكرها عليه وانه أتى بدون ما أمره به والممتنع من البيع الجائز يكون ممتنعا من البيع الفاسد واعاهدا بمنزلة رجل أمره أن يبيع بالف درهم نقدبيت المال فباعه بالف درهم عليه جاز ولو أمره أن يبيعه بالف فباعه بالعين جاز ولم يكن مكرها وكذلك فيما سبق ولو أكرهه على أن يهب له نصف هذه الدار مقسوما ويدفعه الى الموهوب له فوهب له الدار كلها ودفعها اليه جازت الهبة فى القياس لانه أمره أن يقسم ثم يهب له فحين وهب الدار كلها قبل أن يقسم فقد خالف ما أمره وكذلك هذا القياس فى البيع لو أمره ان يبيعه نصف الدار مقسوما فباعه الدار كلها لانه أمره بالبيع بعد القسمة فهو فى البيع قبل القسمة لا يكون مطيعا له فيما أمره به ولانا لو جعلناه مخالفا لم يكن بد من القسمة وفي البيع قبل القسمة لا ندرى أى شي يضمنه لان بين نصفى الدار مقسوما تفاوتا فى المالية ومع الجهالة لا يمكن ايجاب الضمان ولكنه استحسن فقال لا أجيز هبته ولا بيعه فى شيء مما أكرهه عليه لانه مكره على بعض ذلك فلا بد من ان تبطل هبته فيما كان مكرها عليه وذلك يبطل هبته فكذلك فى البيع الصفقة واحدة فاذا بطلت فى البعض بطلت فى الكل وكذلك لو أكرهه على أن يهب له أو يبيعه بيتا من هذه البيوت فباعه البيوت كلها أووهبها كان ذلك باطلا في الاستحسان لانه قد بطل فى بعض البيوت للاكراه فيبطل فيما بقى لاتحاد الصفقة وجهالة ما ينفذ فيه العقد والله أعلم

باب الاكراه على أن يعتق عبده عن غيره

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد تلف على أن يعتق عبدا يساوى ألف درهم عن رجل بالف درهم ففعل ذلك وقبل المعتق عنه طائعا فالعبد حر عن المعتق عنه والولاء له لان المولى لو كان طائعا فى هذا الايجاب كان العبد حرا على المعتق عنه فكذلك اذا كان مكرها اذ لا تأثير للاكراه فى المنع من العتق فان قيل اذا كان طائعا يصير كانه ملك العبد بالف درهم وأعتقه عنه وان كان مكرها لا يمكن تصحيح العتق عن المعتق عنه بهذا الطريق لان تمليك المكره بعوض يكون فاسدا والملك بالسبب الفاسد لا يثبت الا بالقبض ولم يوجد

القبض فكيف يعتق العبد عن المعتق عنه * قلنا هذا التمليك غير مقصود بسببه ولكنه فى ضمن العتق فيكون حكمه حكم العتق والاكراه لا يمنع صحة العتق فكذلك لا يمنع صحة هذا التمليك بدون القبض (ألا ترى) أن التمليك اذا كان مقصودا فسببه لا يثبت بدون القبول واذا كان فى ضمن العتق يثبت بدون القبول بان يقول اعتق عبدك عنى بالف درهم ويقول الآخر أعتقت يصح بدون القبول والقبض فى البيع الفاسد كالقبول فى البيع الصحيح فكما سقط اعتبار القبول هناك سقط اعتبار القبض هنا على ان الاعتاق يجعل قبضا فى البيع الصحيح فكذلك فى البيع الفاسد الذى هو فى ضمن العقد وهو نظير مالو قال لغيره اعتق عبدك عنى على ألف درهم ورطل من خمر فقال أعتقت يصير الآمر قابضا بنفوذ العتق عنه وان كان البيع المندرج فى كلامه فاسدا وقد قررنا هذا فى باب الظهار من كتاب الطلاق وكذلك فى مسئلة الاكراه ثم رب العبد بالخيار ان شاء ضمن قيمة عبده المعتق عنه وان شاء المكره لان المعتق عنه قبله باختياره وقد تعذر عليه رده لنفوذ العتق من جهته فيكون ضامنا قيمته والمكره متلف ملكه عليه بالاكراه الملجئ فيكون ضامنا له قيمته * فان قيل المكره انما ألجأه الى ازالة الملك بعوض يعدله وهو الالف فكيف يجب الضمان عليه * قلنا هو أكرهه على ابطال الملك بالاعتاق وليس بازائه عوض وانما العوض بمقابلة التمليك الثابت بمقتضى كلامه والمقتضى تابع للمقتضى فانما ينبنى الحكم على ما هو الاصل وباعتبار الاصل هو متلف عليه ملكه بغير عوض فان ضمن المكره قيمته رجع بها على المعتق عنه لانه قائم مقام المولى حين ضمن له القيمة ولان العبد قد احتبس عند المعتق عنه حين عتق على ملكه ويثبت الولاء له وكان هو المعتق بقوله طوعا فلا يسلم له مجانا وان ضمنها المعتق عنه لم يرجع بها على المكره لانه ضمن باحتباس الملك عنده ولو أكرهه بحبس كانت القيمة له على المعتق عنه ولا شئ له على المكره لان الالجاء لا يحصل بالاكراه بالحبس وبدونه لا يصير الاتلاف منسوبا الى المكره ولو كان أكره المعتق والمعتق عنه بوعيد تلف حتى فعلا ذلك فالعبد حر عن المعتق عنه والولاء له وضمان العبد على المكره خاصة لمولى العبد لان المعتق عنه ملجأ الى القبول وهذا النوع من الضرورة يخرجه من أن يكون متلفا مستوجبا للضمان وانما المتلف هو المكره فالضمان عليه خاصة بخلاف الاول فهناك المعتق عنه طائع فى القبول فيصير به متلفا للعبد ضامنا * فان قيل العبد قد احتبس عند المعتق عنه فانه عتق على ملكه وثبت الولاء له وان كان هو ملجأ فى القبول فينبغى أن يجب عليه الضمان

*قلنا المحبس عنده مقدار ما ثبت له من الولاء وذلك ليس بمتقوم (ألا ترى) أن من أكره رجلا على أن يعتق عبده كان المكره ضامنا له جميع قيمته وان كان الولاء ثابتا للمعتق فلما لم يعتبر الولاء في اسقاط حقه في الضمان فكذلك لا يعتبر الولاء في ايجاب الضمان عليه وانما هذا بمنزلة ما لو أكره رجلا على بيع عبده من هذا بألف درهم ودفعه اليه وأكره الآخر على شرائه وقبضه وعتقه بوعيد تلف ففعلا ذلك في هذا الضمان يكون على المكره خاصة فكذلك فيما سبق ولو أكرههما على ذلك بالحبس ففعلا ضمن المعتق عنه قيمته لمولاه لان المكره غير ملجأ هنا فلا ضمان عليه والاتلاف حاصل بقبول المعتق عنه وقد بقي مقصورا عليه حين لم يكن ملجأ الى ذلك فكان ضامنا قيمته *فان قيل الاكراه بالحبس يمنع صحة التزام المال بالقبول والمعتق عنه انما يلتزم الضمان هنا بقوله وهو القبول *قلنا لا كذلك بل هو ملتزم لصيرورته قابضا بالاعتاق متلفا والاكراه بالحبس لا يمنع تحقق الاتلاف منه موجبا للضمان عليه ولو أكره المولى بوعيد تلف وأكره الآخر بحبس حتى فعلا ذلك كان للمولى أن يضمن أيهما شاء قيمته لان المكره ألجأ المولى الى اتلاف ملكه فيكون ضامنا له قيمته والمعتق عنه بالقبول متلف معتق لانه ما كان ملجأ اليه فيكون للمولى الخيار فأيهما اختار ضمانه لم يكن له بعد ذلك ان يضمن الآخر شيأ فان ضمن المكره رجع على المعتق عنه بما ضمن لانه قام مقام المولى ولان المعتق عنه متلف للملك بفعل مقصور عليه فلا بد من ايجاب ضمان القيمة عليه ولو أكره المولى بالحبس وأكره المعتق عنه بوعيد تلف والعبد حر عن المعتق عنه ثم المعتق قيمته غير مدبر لانه قام مقام المولى في الرجوع عليه حين ضمن له قيمته فان لم يرجع المكره على المدبر عنه يضمن الذي أكرهه قيمة العبد لانه ملجأ الى القبول من جهته وبه تلف ملك عليه فكان ضامنا له قيمته واذا قبضها دفعها الى مولى العبد لان القيمة قائمة مقام العين ولو كان العبد في يده على حاله كان عليه رده على المولى لكونه مكرها بالحبس فكذلك اذا وصل اليه قيمته ولا سبيل للمعتق على المكره لانه ما كان ملجأ من جهته حين أكرهه بالحبس ولو أكرههما بوعيد تلف حتى دبره صاحبه عنه بألف درهم وقبل ذلك صاحبه فالتدبير جائز عن الذي دبره عنه لان التدبير يوجب حق الحرية للعبد ومن شرطه ملك المحل بمنزلة حقيقة الحرية والاكراه كما لا يمنع صحة العتق لا يمنع صحة التدبير ثم المولى بالخيار ان شاء ضمن الذي أكرهه قيمته عبدا غير مدبر لانه أتلف عليه ملكه حتى ألجأه الى تدبيره عن

الغير وفى حقه هذا والا لجاء الى الاعتاق سواء لان ملكه يزول فى الموضعين واذا ضمنه ذلك
يرجع المكره على الذى دبره عنه بقيمته مدبرا ولا يرجع بفضل مابين التدبير وغيره لان
النقصان الحاصل بالتدبير كان بقبوله ولكنه كان ملجأ الى القبول من جهته فصار هذا النقصان
كجميع القيمة فى مسئلة العتق وقد بينا قبل هذا نظيره فى العتق ان المكره لا يرجع على
المعتق عنه فهنا أيضا لا يرجع عليه بالنقصان ولكن يرجع عليه بقيمته مدبرا لان العبد قد
احتبس عنده بهذه الصفة والمدبر مال متقوم فلا يجوز أن يسلم له مجانا ولكنه يضمن قيمته
لاحتباسه عنده وان انعدم الصنع منه لكونه ملجأ الى القبول كمن استولد جارية بالنكاح ثم
ورثها مع غيره يضمن قيمة نصيب شريكه منها لاحتباسها عنده بالاستيلاد وان كان لا صنع
له فى الميراث وان شاء مولى العبد رجع بقيمته مدبرا على الذى دبره عنه لاحتباسه عنده
ورجع على المكره بنقصان التدبير لان ذلك الجزء قد تلف بفعل منسوب الى المكره لوجود
الالجاء منه ولو كان انما أكرههما على ذلك بالحبس فالعبد مدبر للذى دبره عنه يعتق بموته
ولا ضمان على المكره لان الاتلاف لم يصر منسوبا اليه بالاكراه بالحبس ولكن المولى
يرجع بقيمة عبده تامة على المدبر عنه لان ما تلف بالتدبير وما احتبس عنده صار كله مضمونا
عليه حين لم يكن ملجأ الى القبول فلهذا ضمن قيمته غير مدبر ولو كان أكره المولى بوعيد
تلف وأكره الآخر بالحبس فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته عبدا غير مدبر لانه
كان ملجأ من جهته الى ازالة ملكه وان شاء ضمن المدبر عنه قيمته غير مدبر لانه غير ملجأ الى
القبول فكان حكم الاتلاف والحبس مقصورا عليه وان ضمن المكره رجع على المدبر عنه
بعد ما اختار المولى تضمينه حتى أبرأ المولى المكره من القيمة التى ضمنها اياه أو وهبها له أو
أخرها عنه شهرا فكان للمكره أن يرجع على المدبر عنه على حاله لان المولى باختياره تضمينه
يصير مملكا منه القيمة التى على المدبر عنه ولهذا لم يكن له أن يرجع على المدبر عنه بشئ بعد
ذلك فابراؤه اياه وتأجيله لا يسقط حق المكره فى الرجوع على المدبر عنه كالوكيل بالشراء
اذا أبرأ عن الثمن كان له أن يرجع على الموكل وهذا بخلاف الكفيل بالدين اذا أبرأ لان
هناك الحق لم يسقط عن الاصيل وهنا باختياره تضمين المكره سقط حقه عن الرجوع على
المدبر عنه وتعين ذلك حقا للمكره ولو كان المولى أكره بالحبس وأكره الآخر بوعيد تلف
حتى فعلا ذلك كان للمولى أن يرجع على المدبر عنه بقيمته مدبرا لاحتباس العبد عنده مدبرا

بسبب فاسد ويرجع على المكره بنقصان التدبير لان تلف هذا الجزء حصل بقبول المدبّر عنه وهو كان ملجأ الى ذلك وان لم يكن المولى ملجأ بالاكراه بالحبس والاصح عندي أن الرجوع بنقصان التدبير على المكره يكون للمدبر عنه بأخذ ذلك منه فيدفعه الى المكره لان نقصان التدبير هنا كجميع القيمة فى مسئلة العتق وقد بينا هناك أن المعتق عنه هو الذى يستوفى القيمة فيدفعها الى المكره وهذا لان العبد دخل فى ملك المدبر عنه ثم صار مدبرا والولى كان مكرها من جهة المكره بالحبس وبالاكراه بالحبس لايجب له عليه الضمان وانما يجب بالاكراه بوعيد تلف وذلك انما وجد بين المكره والمدبر عنه وكذلك فى هذه الوجوه كلها لو أكرههما بالبيع والقبض وأكره المشترى على التدبير فهو فى التخريج نظير ماسبق ولو أكرههما بوعيد تلف على أن يتبايعا ويتقابضا ثم أكره المشتري بوعيد تلف على أن يقتل العبد عمدا بالسيف فالقياس فيه ان للبائع ان يقتل المكره بعبده لان المشترى فى القبول والقبض والقتل كان ملجأ من جهة المكره فيكون بمنزلة الآلة له ويجعل فى الحكم كان المكره هو الذى قتله بنفسه فيلزمه القود ولكنه استحسن فقال عليه ضمان قيمته فى ماله ولا قود عليه لانهما وان كانا مكرهين فالمشترى صار مالكا بالقبض ثم قتله صادف ملك نفسه ولو قتله طائعا لم يلزمه القصاص فلو قتله مكرها لا يكون قتله أيضا موجبا للقصاص لمعنى وهو ان المستحق لهذا القود مسببه فباعتبار أن العبد صار ملك المشترى القود يجب له وباعتبار أن المشترى فى حكم الاتلاف الحاصل بقوله وقبضه وقتله آلة للمكره القود يكون للبائع وعند اشتباه المستوفى يمتنع وجوب القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث سوى المولى واذا سقط القود للشبهة وجب ضمان قيمته على المكره لان التكلم بالبيع والشراء وان لم يصر منسوبا الى المكره فتلف المال به صار منسوبا الى المكره والمشترى فى القتل والقبض كان له فلا يجب عليه شئ من الضمان بل ضمان القيمة على المكره فى ماله ولو أكرههما بالحبس على البيع وأكره المشترى على القتل بوعيد تلف فللبائع قيمة العبد على المشترى لان البيع مع الاكراه بالحبس كان فاسدا ولكن القبض مقصور على المشترى وقد تعذر عليه رده فيلزمه قيمته وهو ان كان ملجأ الى القتل فتأثير الاكراه فى انعدام الفعل فى جانبه فكانه تلف العبد فى يده بغير صنعه فعليه قيمته بسبب البيع الفاسد وللمشترى ان يقتل الذى أكرهه على القتل لان العبد كان مملوكا له حين أكرهه على قتله بوعيد تلف فيصير فعل القتل منسوبا الى المكره ويجب القصاص * فان

قيل كيف ينبغي أن لا يجب لشبهة اختلاف العلماء رحمهم الله فان من أصل زفر والشافعي رحمهم الله ان المشترى لا يملك بالقبض عند فساد البيع بسبب الاكراه فلا يكون القصاص واجبا له * قلنا أصحابنا رحمهم الله لا يعتبرون خلاف الشافعي في تفريع المسائل لانه ما كان موجودا عند هذه التفريعات منهم وخلاف زفر في هذا كخلافه في المبيع من وجوب القود على المكره في الاصل وذلك لا يمنعنا من أن نلزمه القود لقيام الدليل ولو كان اكرهه على القتل بحبس لم يضمن المكره شيأ لان الالجاء لم يحصل بالاكراه بالحبس ولو أكره البائع بوعيد تلف وأكره المشترى على الشراء والقبض والقتل بالحبس فالبائع بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده لانه كان ملجأ من جهته الى البيع والتسليم فيكون متلفا عليه ملكه وان ضمنه قيمته رجع المكره بها على المشترى لانه لم يكن ملجأ الى القتل ولا الى العتق وان شاء البائع ضمن المشترى قيمة عبده لان فعله في القبض والعتق مقصور عليه فيكون ضامنا له قيمته ولو كان أكره المشترى على الشراء بالحبس وعلى القتل عمدا بالقتل فالبائع بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمة عبده لما بينا واذا ضمنه لم يرجع هو على المشترى بشيء لان المشترى كان ملجأ الى القتل من جهته فيصير فعله منسوبا الى المكره وكأنه قتله بيده وذلك استرداد منه للعبد وزيادة فلا يضمن المشترى لذلك بخلاف ماسبق فالاكراه بالحبس على الفعل لا يجعل الفعل منسوبا الى المكره وان شاء البائع ضمن المشترى قيمة عبده لان فعله في الشراء والقبض مقصور عليه فان كان مكرها على ذلك بالحبس فان ضمنه كان للمشترى أن يقتل المكره لان العبد تقرر في ملكه من حين قبضه حين ضمن قيمته فتبين أنه اكرهه على قتل عبده عمدا بوعيد تلف وذلك يوجب القود على المكره وان كان أكره البائع بالحبس على البيع والدفع وأكره المشترى على الشراء والقبض والقتل بالوعيد بالقتل فلا ضمان على المشترى لانه بمنزلة الآلة في جميع ما كان منه الا كراه الملجئ ويغرم المكره قيمة العبد لمولاه لان فعله في البيع والتسليم وان لم يصر منسوبا الي المكره ففعل المشترى بالقبض والقتل صار منسوبا الى المكره فكان المكره هو الذي فعل بنفسه الا أنه سقط عنه القود استحسانا لاشتباه المستوفى فيجب عليه ضمان قيمته لمولاه وان كان انما أكره المشترى على الشراء والقبض بوعيد تلف وأكرهه على القتل أو العتق أو التدبير بالحبس فلا ضمان على المكره لان البائع بعد قبض المشترى كان متمكنا من استرداد العين وانما تعذر ذلك عليه بالقتل أو العتق أو التدبير وذلك مقصور على

المشتري غير منسوب الى المكره لانه كان مكرها على ذلك بالحبس فلهذا لا ضمان على المكره ويضمن المشتري قيمة العبد لان اقدامه على هذه التصرفات بمنزلة الرضا منه أن لو كان طائعا ولكن الاكراه يمنع تمام الرضا فلهذا كان ضامنا قيمته للبائع ولو كان البائع غير مكره ولكنه طلب الذي أكرهه أن يكره المشتري بوعيد تلف على أن يشتري عبده بألفين وقيمته ألف ويقبضه ففعل ذلك ثم أكرهه على أن يقتله عمدا أو يعتقه بوعيد تلف فلا ضمان على المشتري في ذلك لانه ملجأ الى جميع ما كان منه فكان هو بمنزلة الآلة فيه وعلى المكره قيمة العبد للبائع لانه انما طلب المكره الاكراه على الشراء والقبض وقد كان متمكنا من الاسترداد لانعدام الرضا من المشتري فاعا تعذر ذلك عليه بالقتل وقد كان المشتري فيه آلة للمكره فكأنه هو الذي قتله بنفسه فلهذا كان ضامنا قيمته للبائع ولو كان أكرهه بقتل حتى دبر العبد فالبائع بالخيار ان شاء ضمن المكره قيمته غير مدبر لانه انما تعذر استرداده بالتدبير ثم يرجع المكره بقيمته مدبرا على المشتري لانه احتبس في ملك المشتري وهو مدبر فلا بد من ايجاب ضمان القيمة عليه (ألا ترى) أنها لو كانت جارية استخدمها واستكسبها ووطئها فكيف يسلم له ذلك مجانا وان شاء ضمن المشتري قيمته مدبرا لهذا المعنى أيضا وضمن الذي أكرهه نقصان التدبير لان ذلك الجزء قد تلف بالتدبير وقد كان المشتري ملجأ الى التدبير من جهة المكره ولم يوجد من البائع الرضا بذلك ولو كان أكره المشتري على الشراء والقبض بالحبس والمسئلة بحالها لم يكن للبائع على المكره شئ وكان له أن يضمن المشتري قيمة عبده لان الفعل في الشراء والقبض كان مقصورا عليه واذا تقرر عليه ضمان قيمته تبين أن المكره أكرهه على أن يقتل عبده بالاكراه بالقتل فله أن يقبض منه وان أكرهه على العتق ضمنه قيمته وان كان أكرهه على التدبير ضمنه نقصان التدبير في الحال فاذا مات المشتري والعبد يخرج من ثلثه ضمنه ورثة المشتري قيمته مدبرا لان تلف الباقي بعد موته حصل بذلك التدبير وقد كان ملجأ اليه من جهة المكره ولو كان أكرهه في ذلك كله بالحبس والمسألة بحالها لم يكن للبائع مع المكره ضمان لان ما تلف به العبد لم يصر منسوبا اليه بالاكراه بالحبس ولكنه يضمن المشتري قيمة عبده لان فعله فيما يحصل به تلف العبد مقصور عليه ولو كان أكرهه بوعيد تلف على أن يقبل من فلان أن يعتق عبده عنه بألف درهم وقيمته ألفان أو خمسمائة بطلب من رب المال فقبله منه فالعتق جائز عن المعتق عنه لان فعله في القبول مقصور عليه ولا

ضمان عليه ولا على المكره اما على القابل فلانه ملجأ الى هذا القبول بوعيد تلف وذلك يمنع نسبة التلف اليه فى حكم الضمان وأما على المكره فلان رب العبد هو الذى طلب منه ما حصل به تلف العبد فلا يكون له أن يضمن المكره شيأ (ألا ترى) أنه لو شاء اللص أن يكره هذا الرجل بوعيد تلف على أن يشترى منه هذا العبد بألف درهم ويقبضه ففعل ذلك فمات في يده لم يضمن المكره ولا المشترى للمولى شيأ وكذلك ان سأل مع ذلك ان يكرهه على عتقه بوعيد تلف ففعل بخلاف ما اذا كان أكرهه على العتق بغير سؤال من البائع لان هناك لم يوجد منه الرضا بتلف العبد وهنا قد تحقق منه الرضا بذلك ولو أكرهه المولى بالحبس على البيع والدفع وأكره الآخر يومئذ بوعيد تلف على الشراء والقبض ففعلا ذلك ثم أكره المولى بالحبس على أن يأمر المشترى بالعتق وأكره المشترى على أن يعتق بوعيد تلف ففعلا كان العبد حرا وكان ضمان القيمة على المكره لان أمر البائع اياه بالعتق وهو مكره بالحبس أمر باطل فان المشترى كان متمكنا من العتق باعتبار ملكه وانما تأثير أمر البائع في رضاه به ليسقط حقه فى الضمان بهذا السبب وبالاكراه بالحبس ينعدم الرضا (ألا ترى) انه لو أكره رجلا بالحبس حتى يأذن للمكره فى قتل عبده فأذن له فى ذلك فقتله كان على المكره القيمة لان اذنه مع الاكراه بالحبس باطل فهذا كذلك واذا ثبت بطلان أمره بقي اكراهه المشترى على العتق بالقتل وذلك يوجب نسبة الاتلاف الى المكره والله أعلم بالصواب

باب الاكراه على الوديعة وغيرها

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بالحبس على أن يودع ماله هذا الرجل فأودعه فهلك عند المستودع وهو غير مكره لم يضمن المستودع ولا المكره شيأ أما المكره فلان التهديد بالحبس لا يجعل الدفع من صاحب المال منسوبا اليه وأما المستودع فلانه قبض المال بتسليم صاحبه اليه ليرده عليه وذلك غير موجب للضمان وهذا لان فعل التسليم مقصور على المالك فانه لم يكن ملجأ اليه وانما هو غير راض به فهو كمن أودع ماله غيره عند خوفه من اللصوص أو عند وقوع الحريق فى داره وهناك لا يضمن المودع اذا هلك فى يده بغير صنعه وان كان أكرهه بوعيد تلف فلرب المال أن يضمن المستودع وان شاء المكره لان فعله فى التسليم صار منسوبا الى المكره للالجاء وكان المكره هو الذي باشر الدفع اليه فيكون كل واحد

منهما جانيا فى حق صاحب المال وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشئ لان المكره ان ضمن فانما يضمن بكون الدفع منسوبا اليه ولو كان هو الذى دفعه اليه وديعة لم يرجع على المودع بشئ وان شاء ضمن المودع لانه كان فى القبض طائعا وبه صار ضامنا وهو لم يكن فى هذا القبض عاملا للاكراه لانه لم يقبض ليسلمه الى المكره ولو أكره بتلف أو حبس على أن يأمر رجلا بقبض المال فأمر بقبضه والمأمور غير مكره فضاع فى يده فالقابض ضامن للمال لان الامر قول منه والاكراه بالحبس يبطل قوله فى مثله (ألا ترى) أنه يبطل شراؤه وبيعه فكان كالقابض بغير أمره بخلاف الاول فهناك صاحب المال هو الدافع والاكراه بالحبس لا يعدم فعله فى الدفع (ألا ترى) أنه لو أكرهه بالحبس على أن يطرح ماله فى ماء أو نار ففعل لم يضمن المكره شيأ ولو أكرهه بالحبس على أن يأمر انسانا بان يطرح ماله فى ماء أو نار فأمره بذلك ففعله المأمور كان المكره ضامنا ولا شئ على المكره الا أن يكون الطارح مكرها من جهته بوعيد تلف فحينئذ يكون الضمان على المكره وكذلك لو أكرهه بالحبس على أن يأذن له فى أن يأخذ ماله فيهبه أو يأكله أو يستهلكه ففعل ذلك كان المستهلك ضامنا لان أمره بالتهديد بالحبس لغو فكأنه فعله بغير أمره ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأذن له فى أن يقتل عبده عمدا فأذن له فى ذلك فقتله كان للمولى أن يقتله به لانه لا معتبر باذنه بعد الاكراه التام ولو أكرهه على ذلك بالحبس كان كذلك فى القياس لان الاذن كان باطلا فان التهديد بالحبس يسقط اعتبار ما يحتمل الابطال من أقاويله والاذن انما كان مؤثرا باعتبار انه دليل الرضا ومع الاكراه بالحبس الاذن لا يكون دليل الرضا ولكنه استحسن فى هذا فقال لا يلزمه القود ولكنه ضامن له قيمة عبده لان الاكراه بالحبس يؤثر فى ابطال بعض الاقاويل دون البعض (ألا ترى) انه لا يؤثر فى ابطال قوله فى الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ويؤثر فى البيع والشراء فان اعتبرناه بما يؤثر فيه يجب القصاص على المكره وان اعتبرناه بما لا يؤثر فيه لا يجب القصاص على المكره والقصاص مما يندرئ بالشبهات فلهذا سقط القود *فان قيل هذا فى الاكراه بوعيد التلف موجود قلنا لا كذلك فالاكراه بوعيد التلف مؤثر فى جميع الاقاويل فيما يحصل بها من الاتلاف حتى يكون موجبا للضمان على المكره بخلاف الاكراه بالحبس ثم الاذن فى الابتداء كالعفو فى الانتهاء والعفو مع الاكراه بالحبس صحيح على أن يكون مقصورا على العافى من كل وجه بخلاف الاكراه بالقتل فالعفو هناك صحيح

على أن يكون مايتلف به مما هو متقوم منسوبا الى المكره فكذلك الاذن فى الابتداء مع الاكراه بالحبس وقلما يجعل معتبرا فى اسقاط القود الذى يندرئ بالشبهات ولا يجعل معتبرا فى اسقاط الضمان الذى يثبت مع الشبهات وكذلك ان كان المأمور بالقتل غير المكره فان المعنى فى الكل سواء ولو أكرهه بوعيد تلف أوحبس على أن يوكل ببيع أو شراء ففعل كان ذلك باطلا لان التوكيل قول وانما يعتبر ليتحقق به الرضا من الموكل بتصرف الوكيل على سبيل النيابة عنه وذلك ينعدم اذا كان مكرها على التوكيل ثم الاكراه بالقتل والحبس يمنع صحة البيع والشراء فكذلك يمنع صحة التوكيل بالبيع والشراء ولو أكرهه بالحبس على أن يوكل هذا بعتق عبده فأعتقه الوكيل والوكيل غير مكره كان العبد حرا عن مولاه ولم يضمن المكره شيأ لان الاكراه بالحبس لايجعل الفعل منسوبا الى المكره فى معنى الاتلاف ولا يمنع صحة الاعتاق فكذلك لايمنع صحة التسليط على الاعتاق والتوكيل فى الابتداء كالاجازة فى الانتهاء ولو أن أجنبيا أعتق عبد رجل بغير أمره فاكره بالحبس على أن يجيزه بعد العتق لم يضمن المكره شيأ فهذا مثله ولو أكرهه على ذلك بوعيد تلف كان الضمان على المكره دون الذى ولى العتق أما نفوذ العتق فلان الاكراه على التوكيل بالعتق بمنزلة الاكراه على الاعتاق وأما وجوب الضمان على المكره فلان الاتلاف منسوب اليه بسبب الالجاء وحصول التلف بالأمر الصادر من المولى عند اعتاق المأمور لا باعتاق المأمور (ألا ترى) أنه لو لم يسبق الامر كان اعتاقه لغوا وبه فارق القتل والقطع فالاتلاف هنالك يحصل بمباشرة المأمور دون الامر به (ألا ترى) أنه يتحقق وان لم يسبقه أمر فاذا كان المباشر طائعا كان الضمان عليه (ألا ترى) أن المشترى لو أمر رجلا بأن يقتل المبيع قبل القبض فقتله كان القاتل ضامنا قيمته للبائع حتى يحبسه بالثمن ولو أمر رجلا فاعتقه كان العبد حرا ولا ضمان على المعتق والفرق بينهما بما أشرنا اليه أن الاعتاق بدون أمر المشترى لغو فيكون اعتاق المأمور كاعتاق المشترى والقتل بدون أمر المشترى يتحقق فيكون موجب الضمان على القاتل ولو أكرهه بوعيد تلف على أن يأذن له فى عتقه فأذن له فيه فأعتقه عتق والولاء للمولى ويضمن المكره قيمته لاباعتبار انه أعتقه بل باعتبار انه ألجأه الى الامر بالعتق حتى لو كان أكرهه على ذلك بحبس لم يضمن له شيأ فهذا يبين لك ما سبق أن الاكراه على الامر بالعتق بمنزلة الاكراه على العتق فى حكم الضمان وكل اكراه بوعيد تلف على الامر لايمكن رده بعد وقوعه نحو العتق والطلاق والقتل واستهلاك المال

فاكراهه فيه بمنزلة جنايته بيده لان المكره فى حكم الاتلاف صار آلة للمكره وان كان أكرهه على ذلك بقيد أو حبس لم يلزمه ضمانه وانما الاكراه بالحبس بمنزلة الاكراه بالقتل فى البيع والشراء والاقرار بالاشياء كلها والوكالة بذلك والامر به لان صحة هذا كله تعتمد الرضا ومع الاكراه بالحبس ينعدم الرضا ثم أوضح الفرق بين الفعل وبين الامر به عند الاكراه بالحبس بفعل العبد المحجور عليه فانه لو غصب مالا فدفعه الى عبد آخر محجور عليه فهلك عنده كان لصاحب المال أن يضمن الثانى ثم يرجع مولاه بما ضمن فى رقبة الاول ولو لم يدفعه ولكنه أمره أن يأخذه والمسألة بحالها لم يكن لمولى الآخر أن يضمن الاول (ألا ترى) أن الحجر عليه أسقط اعتبار أمره ولم يسقط اعتبار دفعه فكذلك الاكراه بالحبس يسقط اعتبار أمره ولا يسقط اعتبار دفعه والله أعلم بالصواب

باب التلجئة

(قال رحمه الله) رجل قال لرجل انى أريد أن ألجئ اليك عبدى هذا فأبيعكه تلجئة وباطلا وليس بشراء واجب لشئ أخافه فقال نعم وحضر هذه المقالة شهود ثم قال له فى مجلس آخر قد بعتكه بألف درهم فقال قد فعلت ثم تصادقا على ما كان بينهما فالبيع باطل لان التلجئة بمنزلة الهزل والهزل أن يراد بالكلام غير ما وضع له والهازل لا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به ويكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب فالملجئ أيضا يكون مختارا للسبب لغير ما وضع له السبب ولا يكون مختارا للحكم ولا راضيا به فلا يمنع الهزل والتلجئة انعقاد السبب ولكن لا يكون موجبا لحكمه لما لم ينعدم هذا الوصف وهو كالبيع بشرط الخيار لهما أبدا يكون منعقدا ولكن لا يكون موجبا لحكمه مع بقاء الخيار لهما اذا عرفنا هذا فنقول ان تصادقا على أنهما بنيا على تلك المواضعة فالبيع باطل لاتفاقهما على أنهما هزلا وان تصادقا أنهما أعرضا عن تلك المواضعة فالبيع لازم بينهما لانهما تصادقا على انهما قصدا الجد وهذا ناسخ لما كان بينهما من المواضعة واذا كان العقد بعد العقد يكون ناسخا للعقد فالعقد بعد المواضعة أولى أن يكون ناسخا لها وان تصادقا انه لم يحضرهما نية عند العقد ففى ظاهر الجواب البيع باطل وروى المعلى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أن البيع صحيح وجه تلك الرواية أن مطلق فعل العاقل المسلم محمول على الصحة وما يحل شرعا وعند الاطلاق يجب حمل كلامهما عليه فلا يجوز

الهـاء كلامهما مع امكان تصحيحه ووجـه ظاهر الرواية انهما ما تواضعا الا ليبنيا على تلك المواضعة فيكون فعلهما بناء على تلك المواضعة باعتبار الظاهر ما لم يظهر منهما خلافه وهـذا لانه اذا لم يجعل بناء كان استعمالها بتلك المواضعة استعمالا بما لا يفيده والحاصل أن فى ظاهر الرواية تعارض الامران فى الاطلاق فيرجح السابق منهما وهو المواضعـة وفى الروا ية الاخرى جعل الثانى ناسخا للاول واما اذا اختلفا فقال أحدهم بنيا على تلك المواضعة وقال لآخر اعرضاعنها فعلى قول أبى حنيفة القول قول من يدعى صحة العقد وعند أبي يوسف ومحمـد القول قول من يدعي البناء على تلك المواضعة لان عنـد الخصومـة القول قول من يشهد له الظاهر وانما يشهد الظاهر لمن يدعي البناء على المواضعة ويوضحه انا نجعل فى حق كل واحد منهما كانه قسم ما أخبر به ولكن باعراض أحدهما عن المواضعة لا يصح العقد فيما بينهما كما لو بنيا على المواضعة ثم أجاز العقد أحدهما وأبو حنيفة يقول عند الاختلاف يجب الرجوع الى الاصل والاصل أن مطلق العقد يقتضى اللزوم فدعوى البناء من أحدهما على المواضعة كدعواه شرط الخيار ويوضحه أن تلك المواضعة لم تكن لازمة بينهما فينفرد كل واحد منهما بابطالها بطريق الاعراض عنها واذا بطلت المواضعة فى العقد صحيحا ثم اختلافهما فى بناء العقد على المواضعة بمنزلة اختلافهما فى أصل المواضعة ولو ادعى أحدهما المواضعة السابقة وجحد الآخر كان القول قول المنكر وكان البيع صحيحا بينهما حتى تقوم البينة للآخر على هذا القول منهم فكذلك اذا اختلفا فى البناء عليها وان تصادقا على البناء على المواضعة ثم قال أحدهما قد أجزت البيع لم يجز على صاحبه لان ذلك بمنزلة اشتراط الخيار منهما فالمجيز يكون مسقطا لخياره ولكن خيار الآخر يكفى فى المنع من جواز العقد فان قال صاحبه قد أجزت أنا أيضا فالبيع جائز لانهما أسقطا خيارهما ولان البيع كان هزلا منهما ولم يكن مفيدا حكمه لانعدام الاختيار منهما للحكم وقد اختارا ذلك وان لم يجيزاه حتى قبض المشترى فأعتقه كان عتقه باطلا بمنزلة ما لو كانا شرطا الخيار لهما وهـذا لان الحكم وهو الملك غير ثابت لعدم اختيارهما للحكم بالقصد الى الهزل فتوقف الحكم على اختيارها له وقبـل الاختيار لا ملك للمشـترى فلا ينفذ عتقه بخلاف المشتري من المكره فالمكره مختار للحكم ولكنه غير راض به لان الحكم للجد من الكلام وانمـا أكره على الجد فأجاب الى ذلك فلهذا ينفذ عتقه بعد القبض حتى لو كان أكره على بيعه تلجئة فباعه لم يجز عتق المشترى فيه أيضا ولو قال

رجل لامرأة أتزوجك تزوجا هزلا فقالت نعم ووافقهم على ذلك الولي ثم تزوجها كان النكاح جائزا في القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق ولان النكاح لا تمتنع صحته بعد اختيار السبب لعدم اختيار الحكم كما لو شرط الخيار فيه كان النكاح صحيحا وبهذا الفصل يتبين أن بيع الهازل منعقد تلحقه الاجازة منهما لان بالهزل لو كان ينعدم اختيار أصل السبب لما صح النكاح والطلاق والعتاق من الهازل وأصل السبب لابد من اعتباره في هذه الاشياء وكذلك لو طلق امرأته على مال على وجه الهزل أو أعتق جاريته على مال على وجه الهزل وقد تواضعا قبل ذلك أنه هزل وقع الطلاق والعتاق ووجب المال وهذا عندنا قول أبي يوسف ومحمد أما عند أبي حنيفة رحمه الله فيتوقف وقوع الطلاق والعتاق على وجود الاجازة من المرأة والعبد لما بينا أن الهزل بمنزلة شرط الخيار وعند أبي حنيفة شرط الخيار في جانب المرأة والعبد يمنع وقوع الطلاق والعتاق ووجوب المال قبل اسقاط الخيار لان الذي في جانبهما مال فيعتبر بالعقد الذي هو مبادلة مال بمال وعندهما شرط الخيار لا يمنع وقوع الطلاق والعتاق اذ هو المقصود بالعقد فأما المال فتبع فيه وثبوت التبع بثبوت الاصل فكذلك الهزل والاجارة والقسمة والكتابة بمنزلة البيع في حكم التلجئة لان هذه العقود محتملة للنقض بعد وقوعها كالبيع ولو تواضعا على أن يجيزا أنهما تبايعا هذا العبد أمس بألف درهم ولم يكن بينهما بيع في الحقيقة ثم قال البائع للمشتري قد كنت بعتك عبدي يوم كذا بكذا وقال الآخر صدقت فليس هذا ببيع لان الاقرار خبر متمثل بين الصدق والكذب والمخبر عنه اذا كان باطلا فبالاخبار به لا يصير حقا ولو اجمعا على اجازته بعد ذلك لم يكن بيعا لان الاجازة انما تلحق العقد المنعقد وبالاقرار كاذبا لا ينعقد العقد فلا تلحقه الاجازة (ألا ترى) أنهما لو صنعا مثل ذلك في طلاق أو عتاق أو نكاح لم يكن ذلك طلاقا ولا عتاقا ولا نكاحا وكذلك لو أقر بشيء من ذلك من غير تقدم المواضعة لم يكن طلاقا ولا عتاقا ولا نكاحا فيما بينه وبين ربه وان كان القاضي لا يصدقه في الطلاق والعتاق على أنه كذب اذا أقر طائعا وقد بينا الفرق بين الاقرار والانشاء في هذه التصرفات مع الاكراه فكذلك مع التلجئة ولو كان قبض العبد الذي قال فيه ما قال وأعتقه ثم قامت البينة على ما كانا قالا في السر من المواضعة على الاقرار بطل العتق ورد العبد على مولاه لانه ثبت ان اقرارهما كان كذبا وان اعتاقه حصل في غير ملكه

فكان لغوا ولو أن رجلا قال لامرأة ووليها أو قال لوليها دونها انى أريد أن أتزوج فلانة على ألف درهم وتسمى ألفين والمهر ألف فقال الولي نعم افعل فتزوجها على ألفين علانية كان النكاح جائزا والصداق ألف درهم اذا تصادقا على ماقالا فى السر أو قامت به البينة لانهما قصدا الهزل بذكر أحد الالفين والمال مع الهزل لا يجب وصار ذكر أحد الالفين على وجه الهزل بمنزلة شرط فاسد والشرط الفاسد فى النكاح لا يؤثر فى أصل العقد ولا فى الصداق وكذلك الطلاق على المال والعتاق عليه قال فى الكتاب وكذلك البيع وهذا الجواب فى البيع قول أبي يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله وأما فى رواية أبى يوسف عن أبى حنيفة فالبيع فاسد اذا تصادقا علي أنهما شاء على تلك المواضعة لان الالف التى قصد الهزل بها يكون ذكرها شرطا فاسدا والبيع يبطل بالشرط الفاسد بخلاف النكاح وفى الرواية الاخرى ما قصد الهزل به فذكره والسكوت عنه سواء والبيع صحيح بدون ذكره وان تصادقا على الاعراض عن تلك المواضعة كان البيع بينهما بالفين وان تصادقا على انه لم يحضرهما نية فعند أبى حنيفة في احدى الروايتين البيع بينهما بالفين لما ذكرنا فى المواضعة على أصل البيع وهذا لان تصحيح العقد غير ممكن الا بجميع المسمى فيه وعند الاطلاق يجب المضى الى تصحيح العقد وعندهما البيع منهما بألف وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة وان اختلفا فى البناء فعند أبى حنيفة البيع بينهما بالفين وعندهما على قياس المواضعة فى أصل البيع ولو قال المهر مائة دينار ولكنا نسمع بعشرة آلاف درهم وأشهدوا عليه ثم تزوجها فى الظاهر على عشرة آلاف درهم كان النكاح جائزا بمهر مثلها كانه تزوجها علي غير مهر لانهما قصدا الهزل بما سمياه فى العقد ومع الهزل لا يجب المال وما تواضعا على أن يكون صداقا بينهما ثم يذكرانه فى العقد والمسمى لا يثبت بدون التسمية فاذا لم يثبت واحد منهما صار كانه تزوجها على غير مهر فيكون لها مهر مثلها بخلاف الاول فهناك قد سميا فى العقد ما تواضعا على أن يكون مهرا وزيادة لان فى تسمية الالفين تسمية الالف وكذلك لو قالا فى السر على أن يكون النكاح على مائة دينار وتزوجها فى العلانية ولم يسم لها مهرا فلها مهر المثل لما قلنا وان قالا عند العقد عقدنا على ماتراضينا به من المهر فالنكاح جائز على مائة دينار لان هذه الاضافة بمنزلة التسمية منهما لما تواضعا عليه من الدنانير وأكثر ما فيه ان الشهود لم يسمعوا ما سميا من مقدار المهر ولكن سماع الشهود التسمية ليس بشرط لصحتها ولو كان هذا فى البيع فقالوا

البيع على مائة دينار الا أنا نظهر بيما بخمسة آلاف درهم والبيع جائز بخمسة آلاف درهم وما تواضعا عليه باطل وهذا استحسان وفى القياس البيع باطل لانهما قصدا الهزل بما سميا ولم يذكرا فى العقد ماتواضعا على أن يكون ثمنا بينهما فبقى البيع بينهما بغير ثمن ووجه الاستحسان أن البيع لا يصح الا بتسمية البدل وهما قصدا الجد فى أصل البيع هنا فلا بد من تصحيحه ولا وجه لذلك الا أن يعقد بالمسمى فيه من البدل بخلاف النكاح فهناك اعمال الهزل فى المسمى مع تصحيح أصل العقد ممكن لان النكاح لا تتوقف صحته على تسمية البدل *يوضح الفرق أن المعاقدة بعد المعاقدة فى البيع يكون مبطلا الاول بالثانى فانهما لو تبايعا بمائة دينار ثم تبايعا بخمسة آلاف درهم كان البيع الثانى مبطلا للاول وكذلك يجوز أن يكون البيع بعد المواضعة بخلاف جنس ماتواضعا عليه فيكون مبطلا للمواضعة وأما فى النكاح فالعقد بعد العقد لا يكون مبطلا فانه لو تزوجها بمائة دينار ثم جدد العقد بعشرة آلاف درهم لم يصح الثانى فكذلك تسمية الدراهم فى العقد بعد ماتواضعا على أن يكون الصداق دنانير يمنع وجوب الدراهم فيكون لها مهر مثلها وكل مايحتمل النقض لا يصح الا بتسمية البدل كالقسمة والاجارة والكتابة فى ذلك قياس البيع وكذلك هذا فى الخلع والطلاق والعتاق بجعل لان البدل فى هذه العقود لا يجب بدون التسمية فلو أعملنا الهزل فى المسمى لوقع الطلاق والعتاق بغير جعل ولم يوجد منها الرضا بذلك فلهذا صححنا ذلك بالمسمى فيه بخلاف النكاح فهناك وان جعلنا ماسميا فى العقد هزلا انعقد النكاح بينهما بمواضعة بمهر المثل فلهذا اعتبرنا المواضعة فى المنع من وجوب المسمى فى العقد يوضحه ان فى الطلاق بجعل لا بد من وقوع أصل الطلاق لقصدهما الجد فيه فلو لم يجب ماسمينا من البدل فيه كان الطلاق رجعيا ولا وجه لذلك مع وجود تسمية البدل فلهذا أوجبنا المال عليها وجعلنا الطلاق بائنا ولو كانوا عقدوا البيع أو الطلاق أو العتاق أو النكاح أو الاجارة على ما كانوا تواضعوا عليه فى السر ثم أظهروا شيأ غير ذلك وادعى أحدهم السر وأقام عليه البينة وادعى الآخر العلانية وأقام عليها البينة أخذ بالعلانية وأبطل السر لان بينة العلانية دافعة لدعوى مدعى السر فانها تثبت اقدامه فى العلانية على ماشهدت به وذلك يمنع منه دعوى شئ آخر بخلافه فى السر أو يجعل هذا الثانى ناسخا للاول عند المعارضة لان البينة لا توجب شيأ بدون القضاء الا أن يشهد الشهود انهم قالوا فى السر إنا نشهد بذلك فى العلانية بسمعه فان شهدوا بذلك على الولي الذى زوج أو على المرأة أو على

الذى ولى ما ادعى من العلانية أخذت بينة أصحاب السر وأبطلت العلانية لان الثابت بالبينة كالثابت بالعلانية أو باتفاق الخصوم وبهذه البينة ثبت أن الاشهاد فى العلانية كان تحقيقا لما كان بينهما فى السر لا فسخا لذلك بخلاف الاول وذكر عن الشعبي رحمه الله قال اذا كان مهر سر ومهر علانية أخذنا بالعلانية الا أن تقوم بينة انه أعلم ذلك وان المهر هو الذى فى السر وبهذا نأخذ ولو قال في السر إنا نريد أن نظهر بيعا علانية وهو بيع تلجئة وباطل ثم ان أحدهما قال علانية وصاحبه حاضر إنا قد قلنا كذا وكذا فى السر وقد بدا لى أن أجعله بيعا صحيحا وصاحبه يسمع ذلك ولم يقل شيأ ثم تبايعا فالبيع جائز لان تلك المواضعة لم تكن لازمة بينهما ينفرد أحدهما بابطالها ثم اقدام الآخر على العقد معه بعد ماسمع منه ابطال تلك المواضعة يكون رضا منه بصحة البيع فانما تم البيع بينهما بتراضيهما ولو لم يكن سمع ذلك من صاحبه ولم يبلغه كان البيع فاسدا لانعدام الرضا من الآخر بصحة البيع ولزومه حين لم يعلم بمناقضة صاحب المواضعة فان قبضه المشترى على ذلك وأعتقه فان كان الذى قال ذلك القول البائع فالبيع جائز لان البائع صار راضيا بلزوم العقد حين أبطل المواضعة والمشتري صار راضيا بذلك حين أعتقه فتم البيع وعلى المشترى الثمن وهو بمنزلة مالو شرطا الخيار لهما ثم أسقط البائع خياره وأعتق المشترى العبد وان كان المشترى قاله لم يجز العتق لان البائع لما لم يظهر منه مايدل على الرضا بالعقد كان خياره باقيا وبقاء الخيار للبائع يمنع نفوذ عتق المشترى فان أجاز البائع البيع جاز البيع ولا يجوز العتق الذى كان قبل ذلك من المشترى لانه سبق ملكه فلا ينفذ وان حدث له الملك من بعد وان لم الذى لم يقل مقالة صاحبه بعد أن تبايعا فرضى بالبيع فالبيع جائز لان صاحبه بنقض المواضعة صار راضيا والآخر بالرضا بعد مابلغه مقالة صاحبه صار راضيا أيضا وان لم يرض حتى نقض صاحبه البيع فان كانا لم يتقابضا فنقضه جائز وهو نظير ما تقدم فى البيع الفاسد قبل القبض لكل واحد منهما أن ينفرد بالفسخ وبعد القبض للذى المفسد من قبله أن ينفرد بالفسخ وليس للآخر ذلك فهذا قياسه وان كان المشترى قد قبض فان كان البائع هو الذى قال ذلك القول فليس له أن ينقض والامر الى المشترى لان رضا البائع قد تم وانما بقى المفسد فى جانب المشترى لما بينا أن المواضعة بمنزلة شرط الخيار أبدا وان كان المشترى هو الذى قال ذلك القول فالامر الى البائع ان شاء نقض وان شاء سلم البيع وليس الى المشترى من النقض شئ لان الرضا قد تم منه فان كان البائع والمشترى قالا فى السر نريد أن نظهر بيعا هزلا وباطلا

واظهر أنه غير هزل ولا باطل ونظهر مع ذلك أنا ان كنا جعلنا فى السر هزلا فقد أبطلنا ذلك وجعلناه جدا جائزا وأشهدا على أنفسهما بذلك ثم قالا علانية قد أبطلنا كل هزل فى هذا البيع ونحن نجعله بيعا صحيحا فتبايعا على هذا وادعى أحدهما جواز البيع بينهما فالبيع جائز باعتبار الظاهر فانه شاهد لمن يدعي جوازه الا أن يقيم الآخر البينة على ما كانا قالا فى السر من ذلك فحينئذ الثابت بالبينة كالثابت بالمعاينة وما كان منهما فى العلانية من ابطال كل هزل تحقيق لما كانا تواضعا عليه فى السر لا ابطال له فلهذا كان البيع بينهما باطلا وان كانا قالا فى العلانية انا قلنا فى السر نريد أن نتبايع فى العلانية بيعا باطلا هزلا وقد أبطلنا ذلك فقال صاحبه صدقت ثم تبايعا فالبيع باطل اذا قامت البينة على ما كانا قالا فى السر لما بينا أن هذا الابطال تحقيق منهما للمضى على تلك المواضعة فلا يتغير به الحكم الا أن يقول أحدهما بمحضر من صاحبه وهو يسمع انا كنا قلنا فى السر انا نتبايع بيعا هزلا وقلنا فى السر أيضا انا نظهر فى العلانية أنا قد أبطلنا كل قول قلناه فى السر من هذا وانا قد أبطلنا جميع ماقلنا فى السر من هذا وانا نعنا بيعا صحيحا فاذا قالا هذا أوقال أحدهما والآخر يسمع فالبيع جائز لا يقدر أحدهما على أن يبطله لانهما وضعا جميع ما كانا قالا فى السر ثم أبطلا جميع ذلك وهذا النوع من الابطال ليس يعني على موافقة ماتواضعا عليه بل هو ابطال لذلك وتلك المواضعة ما كانت لازمة فتبطل بابطالها فاما اذا وضعا ابطال ماقالا فى البيع خاصة وأبطلا ذلك فهذا مضى منهما على موافقة ما تواضعا عليه وذلك مبطل للبيع لا مصحح له والله أعلم

﴿ باب العهدة فى الاكراه ﴾

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد تلف أو سجن على أن يبيع متاع اللص من هذا الرجل بألف درهم فباعه والمشترى غير مكره فالبيع جائز لان البيع مع الاكراه منعقد والمالك راض بنفوذه والمشترى راض به أيضا والثمن للص على المشترى ولا عهدة على البائع لانه غير راض بالتزام العهدة حين كان مكرها على ذلك وعهدة البيع لا تلزمه بغير رضاه فاذا تعذر ايجاب العهدة على العاقد كانت العهدة على المنتفع بالعقد وهو المالك كما لو أمر عبدا محجورا عليه أو صبيا ببيع متاعه فباعه كانت العهدة على الآمر فاذا طلب البائع الثمن من المشتري بعد ذلك بغير اكراه فله أن يقبضه وعلى المشترى دفعه اليه وتكون عهدته عليه

لان امتناع وجوب العهدة عليه لعدم الرضا منه بذلك فاذا وجد منه مايدل على الرضا فقد زال المانع بمنزلة مالو كان الوكيل بالبيع عبدا محجورا عليه فأعتق كان له أن يقبض الثمن والعهدة عليه لزوال المانع ولو كان أكره رجلا على أن يشترى له متاعا بألف درهم من رجل فاشتراه كان الثمن على المكره الراضى بذلك كما لو وكل صبيا أو عبدا محجورا عليه بالشراء له فان طلب المشترى المتاع من البائع فقبضه بغير اكراه فله ذلك وعليه الثمن ويرجع به على الآمر لوجود دليل الرضا منه بالتزام العهدة حين طالبه بتسليم المبيع طائعا فان بدا له أن يأخذه بعد ذلك فقد وجب عليه الثمن حين طلبه بغير اكراه لان دليل الرضا كصريح الرضا وبعد مالزمته العهدة برضاه لايكون له أن يأبى كما لو كان راضيا به فى الابتداء ولو أن رجلا باع عبدا من رجل فلم يقبض الثمن حتى أكرهه لص على دفعه الى المشترى بوعيد تلف أو سجن فدفعه كان له أن يرتجعه حتى يأخذ الثمن لان الاكراه يعدم الرضا منه بالقبض فكان المشترى قبضه بغير رضاه ولان اسقاط حقه فى الحبس بمنزلة الابراء عن الثمن فكما ان الاكراه يمنع صحة الابراء عن الثمن فكذلك يمنع سقوط حقه فى الحبس وكذلك لو كان المشترى باعه أو وهبه كان للبائع أن ينقضه ويرتجع العبد بمنزلة مالو قبضه بغير تسليم منه وتصرف فيه وهذا لان البيع والهبة يحتملان النقض فينتقض لقيام حق البائع فى الحبس وكذلك لو أكره المرتهن على أن يرد الرهن الى الراهن ويناقضه الرهن ففعل ذلك وباعه الراهن أو وهبه وسلمه كان للمرتهن أن ينقض جميع ذلك لانه مكره على اسقاط حقه فى حبس الرهن ومع الاكراه لا يسقط حقه فى الحبس فكان له أن يعيده كما كان وان يبطل تصرف الراهن فيه كما لو تصرف قبل استرداده من المرتهن والله أعلم .

باب مايخطر على بال المكره من غير ما أكره عليه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل على الكفر بالله تعالى فقال قد كفرت بالله وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن منه امرأته استحسانا وقد بينا ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يقول قد خطر على بالى أن أقول لهم قد كفرت بالله أريد به الخبر عما مضى فقلت ذلك أريد به الخبر والكذب ولم أكن فعلت ذلك فيما مضى وهذا مخرج له صحيح فيما بينه وبين ربه ولايسعه الاذلك اذا خطر بباله لان الانشاء جناية صورة من حيث تبديل الصدق باللسان

وان لم يكن جناية معنى لطمأنينة القلب بالايمان والاجبار لايكون جناية صورة ولا معنى فعليه أن ينوى ذلك اذا خطر بباله ولكن لا يظهره للناس فان أظهر هذا المراد للناس بانت منه امرأته فى الحكم وان لم تبن فيما بينه وبين الله تعالى لانه أقر أنه أتى بغير ما أكره عليه فقد أكره على الانشاء وانما أتى بالاقرار فكان طائعا فى هذا الاقرار ومن أقر بالكفر طائعا بانت منه امرأته فى الحكم وفيما بينه وبين ربه لا تبين منه والثانى أن يقول خطر على بالي ذلك ثم قلت قد كفرت بالله أريد به ماطلب منى المكره ولم أرد به الخبر عن الماضى فهذا كافر تبين منه امرأته فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى لانه بعد ما خطر هذا بباله قد تمكن من الخروج عما ابتلى به بان ينوى غير ذلك والضرورة تنعدم بهذا التمكن فاذا لم يفعل وانشأ الكفر كان بمنزلة من أجرى كلمة الشرك طائعا على قصد الاستخفاف أولا على قصده ولكن مع علمه أنه كفر وفى هذا تبين منه امرأته فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى فينبغى أن يتوب عن ذلك والثالث أن يقول لم يخطر ببالى شئ ولكني كفرت بالله كفرا مستقبلا وقلبي مطمئن بالايمان فلا تبين منه امرأته استحسانا لانه لما لم يخطر بباله سوى ما أكره عليه كانت الضرورة متحققة ومتى تحققت الضرورة يرخص له اجراء كلمة الشرك مع طمأنينة القلب بالايمان وكذلك لو أكره على أن يصلى لهذا الصليب ومعناه يسجد لهذا الصليب فان لم يخطر بباله شئ لم تبن امرأته منه وان خطر بباله أن يصلى لله وهو مستقبل القبلة أو غير مستقبل القبلة ينبغى أن يقصد ذلك لان الصلاة غير مستقبل القبلة تجوز عند الضرورة والاعمال بالنيات فان ترك هذا بعد ما خطر بباله فصلى يريد الصلاة للصليب كما أكره عليه كفر بالله تعالى وبانت منه امرأته لانه بعد ما خطر بباله قد وجد المخرج عما ابتلى به فاذا لم يفعل كان كافرا وهذه المسئلة تدل على أن السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وكذلك لو أكره على شتم محمد عليه الصلاة والسلام فان أجابهم الى ذلك ولم يخطر بباله شئ لم تبن منه امرأته وان خطر على باله رجل من النصارى يقال له محمد فان شتم محمدا ويريد به ذلك الرجل فلا تبين منه امرأته وقد أظرف فى هذه العبارة حيث لم يقل خطر بباله رجل من المسلمين يقال له محمد غير رسول الله صلى الله عليه وسلم واذا قال رجل من النصارى لان الشتم فى حق النصارى أهون منه فى حق المسلمين فان ترك ما خطر بباله وشتم محمدا صلى الله عليه وسلم وقلبه كاره لذلك كان كافرا وتبين منه امرأته لانه بعد ما خطر

باله قد وجد مخرجا عما ابتلى به فاذا لم يفعل كان كافرا فان شتم النبي صلى الله عليه وسلم في غير موضع الضرورة كفر وكراهته بقلبه لا تنفع شيأ ولو أكره بوعيد تلف على أن يعتق عبده فخطر على باله أن يقول هو حر يريد الخبر والكذب وسعه أن يمسكه فيما بينه وبين الله تعالى لما بينا أن المخبر به اذا كان باطلا فبالاخبار لا يصير حقا ولكن ان ظهر ذلك للقاضى أعتقه عليه لاقراره به أنى بغير ما أكره عليه فانه أكره على انشاء العتق والاقرار غير الانشاء ومن أقر بحرية مملوك طائعا يعتق عليه فى القضاء ولا يضمن المكره له شيأ لانه حين أقر أنه أتى بغير ما أكره عليه فقد صار مبريا المكره على الضمان (ألا ترى) أنه لو بين لهم ذلك وقال كيف تكرهونى على العتق وهو حر الاصل أو قد أعتقته أمس أعتقه القاضى ولم يضمن له المكره شيأ ولو قال خطر ذلك على بالى فقلت هو حر أريد به عتقا مستقبلا كان حرا فى القضاء ويدين فيما بينه وبين الله تعالى وضمن الذى أكرهه قيمته لان الذى خطر على باله لو فعله عتق به فى القضاء أيضا فاتلاف المالية بفعل المكره فى القضاء متحقق وسواء قصد ما خطر باله أو لم يقصد كان الاتلاف فى القضاء مضافا الى المكره فعليه قيمته ثم قد أنشأ عتقا مستقبلا وذلك يجعل المملوك حرا فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى سواء كان مكرها أو لم يكن مكرها (ألا ترى) أنه لو لم يخطر باله شئ ولكن أتى بما أكره عليه كان حرا فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ويضمن المكره قيمته فكذلك ماسبق فان قال المكره قد خطر على باله الخبر بالكذب فقال هو حر يريد به الخبر الكذب فأنا أريد يمينه على ذلك كان له أن يستحلف عليه لانه ادعى مالو أقر به كان مكرها اياه ولا يكون له أن يضمن المكره بعده فاذا أنكره كان له أن يستحلف لرجاء نكوله وكذلك لو أكره على طلاق امرأته ولم يدخل بها فقال هى طالق ثم قال بعد ذلك أردت الخبر بالكذب أو انها طالق عن وثاق أو قيد وسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وأما فى القضاء فهى بائن منه ولا ضمان على المكره لاقراره أنه أتى بغير ما أكره عليه وانه كان طائعا فيما قاله بناء على قصده وان كان قال قد كان خطر ببالي أن أقول هى طالق أريد الخبر أو انها طالق من وثاق أو قيد فلم أقل ذلك وقلت هى طالق أريد طلاقا مستقبلا كانت طالقا فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى ولها على الزوج نصف المهر ويرجع على الذى أكرهه لان الاتلاف مضاف الى المكره فى القضاء سواء قصد ما خطر بباله أو لم يقصد فهو وما لم يخطر بباله شئ فى الحكم سواء وان قال المكره انما

قال ذلك يريد الخبر بالكذب أو طلاقا من قيد وطلب يمينه على ذلك استحلف له عليه لرجاء نكوله فانه لو أقر بذلك يسقط حقه فى تضمين المكره

باب زيادة المكره على ما أمر به

(قال رحمه الله) ولو أكره رجل رجلا بوعيد تلف على أن يطلق امرأته واحدة ولم يدخل بها فقال هى طالق ثلاثا فلا ضمان على المكره لانه أتى بغير ما أكره عليه أما من حيث الصورة فلا اشكال وأما من حيث الحكم فلان زوال الملك بالثلاث لانتفاء صفة الحل عن المحل وأما بواحدة فتحصل ازالة الملك مع بقاء الحل فى المحل وهما غيران فكان هو طائعا فيما أتى به ولان ماراد مما لم يكرهوه عليه يعينها لو لم يكن غيره لانه زاد اثنتين وهما كافيتان فى البينونة وتأكد نصف الصداق بينهما قبل الدخول وكذلك لو طلقها اثنتين أو قيل له طلقها اثنتين وطلقها ثلاثا ولو قال طلقها ثلاثا فطلقها واحدة رجع عليه بنصف الصداق الذى غرم لان ماأتى به بعض ماأكره عليه فيكون مكرها على ذلك والتلف الحاصل به يصير منسوبا الى المكره (ألا ترى) ان المأمور بايقاع الثلاث اذا أوقع الواحدة تقع والمأمور بايقاع الواحدة اذا أوقع الثلاث لم يقع شئ عند أبى حنيفة رحمه الله ولو أكره على أن يضرب هذا بهذه الحديدة فيقطع يده ففعل المكره ذلك ثم ثنى فقطع رجله من غير اكراه فمات من ذلك كله فعليهما القود لانه فى الفعل الاول صار آلة للمكره فكان المكره فعل ذلك بنفسه وهو فى الفعل الثانى طائع والقصاص يجب على المثنى بقتل الواحد ولو كان أكره على أن يضربه بعصا ففعل ثم ضربه ضربة أخرى بعصا بغير اكراه أو أكرهه على أن يضربه مائة سوط فضربه مائة وعشرة فمات من ذلك فعلى عاقلة الآمر نصف الدية فى ثلاث سنين وعلى عاقلة الضارب كذلك لانه آلة فى الفعل الذى أكره عليه فكان المكره فعل ذلك بنفسه ولو قتل رجلان رجلا بالعصا والسوط يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية فى ثلاث سنين فان كان قطع يده بالسيف مكرها ثم ضربه بغير اكراه خمسين سوطا فمات فنصف الدية فى مال الآمر فى ثلاث سنين لانه آلة فى الفعل الاول فكان المكره فعله بنفسه الا أنه اجتمع فى المحل الفعل الموجب للقود وغير الموجب فسقط القود بالشبهة ويكون نصف الدية فى مال الآمر فى ثلاث سنين لان فعله عمد محض ونصف الدية على عاقلة الضارب فى ثلاث سنين لان

فعله الضرب بالسوط وهو بمنزلة الخطأ ولو كان أكرهه على ذلك بالحبس كان ذلك كله على الفاعل لان الاكراه بالحبس لايجعل المكره آلة ولا يوجب نسبة الفعل الى المكره ولو ان لصا أكره رجلا بوعيد تلف على أن يعتق نصف عبده فاعتقه كله فلا شئ على الذى أكرهه فى قياس قول أبي حنيفة لان العتق عنده يتجزأ وما أتى به غير ما أكره عليه فلايصير الاتلاف به منسوبا الى المكره (ألا ترى) أن على أصله لو أمر رجلا أن يعتق نصف عبده فاعتقه كله كان باطلا وفى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله المكره ضامن لقيمة العبد لان عندهما العتق لايتجزأ فالاكراه على اعتاق النصف بمنزلة الاكراه على اعتاق الكل ولو أكرهه على أن يعتق كله فاعتق نصفه فكذلك عندهما لان اعتاق النصف كاعتاق الكل فاما فى قياس قول أبي حنيفة رحمه الله فالعتق يتجزأ فيستسعى العبد فى نصف قيمته لمولاه بمنزلة ما لو كان أعتق نصف عبده طائعا ويرجع المولى على المكره بنصف قيمته لانه أتى ببعض ما أكره عليه فكان حكم الاكراه ثابتا فيما أتى به (ألا ترى) أن المأمور باعتاق العبد لو أعتق نصفه نفذ فان نوى ما على العبد من نصف القيمة كان للمولى أن يرجع به أيضا على المكره ويرجع المكره به على العبد ويكون الولاء بينهما نصفين لان المكره صار كالمعتق لذلك النصف واعتاق النصف افساد لملكه فى النصف الآخر من حيث انه يتعذر عليه استدامة الملك فيه فيكون ضامنا له قيمة النصف الاخر ثم يرجع به على العبد لانه يملك ذلك النصف بالضمان فيستسعيه فيه ويكون الولاء بينهما نصفين لان هذا النصف عتق على ملك المكره باداء السعاية اليه قالوا وينبغى أن يكون هذا الجواب فيما اذا كان المكره موسرا على قياس ضمان المعتق ولو أن مريضا أكرهت امرأته بوعيد تلف أو حبس حتى تسأله أن يطلقها تطليقة بائنة فسألته ذلك فطلقها كما سألت ثم مات وهى فى العدة ورثته لان سؤالها مع الاكراه باطل فان تأثير سؤالها فى الرضا منها بالفرقة واسقاط حقها من الميراث وذلك مع الاكراه لايتحقق ولو سألته تطليقتين بائنتين ففعل ثم مات وهى فى العدة لم ترثه لانها سألته غير ما أكرهت عليه ولان مازادت من عندها كاف لاسقاط حقها فى الميراث (ألا ترى) أنها لو سألت زوجها أن يطلقها تطليقة بائنة فطلقها تطليقتين بائنتين ثم مات وهى فى العدة لم ترثه للمعنيين اللذين أشرنا اليهما (ألا ترى) أنه لو لم يدخل بامرأته حتى جعل أمرها بيد رجل يطلقها تطليقة اذا شاء وأكره بوعيد تلف على أن جعل فى يد ذلك الرجل تطليقة أخرى ففعل فطلقها الرجل التطليقتين جميعا لم يرجع الزوج على

المكره بشئ من المهر لان ما جعله فى هـذه طائما كاف لتقرير الصداق به ولا رجوع على المكره بشئ من المهر وكذلك لو طلقها التطليقة التى جعلها الزوج اليه بغير اكراه ولو كان طلقها التطليقة التى أكره الزوج عليها دون الاخرى رجع الزوج على المكره بنصف المهر لان تقرر نصف الصداق عليه كان باعتبار ما أكره عليه (ألا ترى) انه لو قال لامرأته ولم يدخل بها أنت طالق تطليقة اذا شئت ثم أكره بعد ذلك أو قبله على أن يقول لها انت طالق تطليقة اذا شئت فقال لها ذلك فطلقت نفسها التطليقتين جميعا غرم لها الزوج نصف المهر ولم يرجع على المكره بشئ ولو طلقت نفسها التطليقة التى أكرهه عليها خاصة وثبت ذلك رجع الزوج بنصف المهر على المكره للمعنى الذى بينا ولو كانت هى المسلطة فاكرهته على أن يطلقها بوعيد تلف ففعل لم يكن لها عليه شئ من المهر لان الاتلاف منسوب اليها للالجاء فكان الفرقة وقعت من جهتها قبل الدخول ولو كانت أكرهته بالحبس أخذته بنصف الصداق لان الاتلاف لا يصير منسوبا اليها بهذا النوع من الاكراه فبقيت الفرقة منسوبة الى الزوج قبل الدخول فيلزمه نصف الصداق لها ولو أكره رجل الزوج بوعيد تلف على أن يطلقها واحدة بألف درهم فطلقها ثلاثا كل واحدة بألف فقبلت جميع ذلك طلقت ثلاثا ووجب لها عليه ثلاثة آلاف درهم ولها عليه نصف مهرها لوقوع الفرقة قبل الدخول لا بسبب مضاف اليها ولم يرجع على المكره بشئ وان كان نصف المهر أكثر من ثلاثة آلاف درهم لان ما زاد الزوج من عنده طائعا كاف فى تقرير نصف الصداق عليه ولو أكرهه على أن يطلقها واحدة بألف ففعل وقبلت ذلك وجب له عليها ألف درهم ثم ينظر الى نصف مهرها فان كان أكثر من ألف درهم أدى الزوج اليها الفضل على ألف درهم ويرجع به على المكره ان كان أكرهه بوعيد تلف وهذا قول أبي يوسف ومحمد فأما عند أبي حنيفة فلا شئ لها عليه وللزوج عليه الالف وهى مسئلة الطلاق اذ الخلع يوجب براءة كل واحد من الزوجين عن صاحبه فى الحقوق الواجبة بالنكاح وفى الكتاب ذكر قولهما ولم يذكر قول أبي حنيفة لانه وضع المسئلة فى لفظ الطلاق وفيه شبهة اختلاف الروايات عن أبي حنيفة بخلاف لفظ الخلع على ما بينا فى الطلاق ثم عندهما قد وجب له عليها ألف درهم بدل الطلاق ولها على الزوج نصف مهرها فتقع المقاصة ويؤدى الزوج اليها الفضل فيرجع به على الذى أكرهه ان كان أكرهه بوعيد تلف لانه قرر عليه تلك الزيادة من غير عوض ولو عتقت أمة لها زوج حر لم يدخل بها فأكرهت بوعيد تلف

أو حبس على أن اختارت نفسها فى مجلسها بطل الصداق كله عن زوجها ولاضمان على المكره فى ذلك لانه أكرهها على استيفاء حقها دلشرع ملكها أمر نفسها حين عتقت وليس فى هذا الاكراه ابطال شئ عليها لان المهر للمولى دونها ولو دخل بها الزوج ولان ما كان بمقابلة المهر عاداليها ولو كان قد دخل بها قبل ذلك كان الصداق لمولاها على الزوج ولم يرجع الزوج على المكره بشئ لانه ما أكره الزوج على شئ ولان الصداق قد تقرر عليه كله بالدخول وانما أتلف المكره ملك البضع على الزوج وقد بينا أن ذلك لايتقوم بالاكراه لانه لاقيمة للبضع عند خروجه من ملك الزوج والله أعلم

باب الخيار فى الاكراه

(قال رحمه الله) واذا قال اللص الغالب لرجل لاقتلنك أو لتعتقن عبدك أو لتطلقن امرأتك هذه أيهما شئت ففعل المكره أحدهما ولم يدخل بالمرأة فما باشر نافذ لان الاكراه على كل واحد منهما بعينه لايمنع نفوذه فكذلك الاكراه على أحدهما بغيرعينه ويغرم المكره الاقل من نصف المهر ومن قيمة العبد لانه ان الزم بمباشرته الاقل منهما فالاتلاف مضاف الى المكره وان الزم الاكثر فالضرورة انما تحققت له فى الاقل لانه كان متمكنا من دفع البلاء عن نفسه باختيار الاقل فيكون هو فى التزام الزيادة على الاقل غير مضطر ورجوعه على المكره لسبب الاضطرار فيرجع بالاقل لذلك ولو كان الزوج دخل بها لم يغرم المكره له شيأ لانه ان أوقع الطلاق فالمهر قد تقرر عليه بالدخول وانما أتلف المكره عليه ملك البضع وذلك لايضمن بالاكراه وان أوقع العتق فقد كان متمكنا من دفع البلاء عن نفسه بايقاع الطلاق فيكون هو فى ايقاع العتق بمنزلة الرضا به أو غير مضطر اليه بمنزلة مالو أكره عليه بحبس أو قيد وهناك لايرجع على المكره بشئ وان لم يدخل بالمرأة لانعدام الضرورة والالجاء ولو قيل له لنقتلنك أو لتكفرن بالله أو تقتل هذا المسلم عمدا فان كفر بالله تعالى فالقلب مطمئن بالايمان فهو فى سعة ولا تبين امرأته منه لتحقق الضرورة في ذلك بسبب الاكراه فانه لايحل له قتل المسلم بحال فتتحقق الضرورة في اجراء كلمة الشرك كما لو أكره على ذلك بعينه والاصل فيه ماروى أن مسيلمة أخذ رجلين من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لاحدهما أتشهد أن محمدا رسول الله فقال نعم فقال أتشهد أنى رسول الله فقال

لا أدرى ما تقول فقتله وقال للآخر أتشهد أن محمدا رسول الله فقال نعم فقال أتشهد أنى رسول الله فقال نعم فخلي سبيله فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام أما الاول فقد آتاه الله تعالى أجره مرتين وأما الآخر فلا اثم عليه ففى هذا دليل انه يسعه ذلك عند الاكراه وانه ان امتنع منه حتى قتل كان أعظم لاجره لانه اظهر الصلابة فى الدين ولان اجراء كلمة الشرك جناية على الدين من حيث الصورة وان لم تكن جناية معنى عند طمأنينة القلب بالايمان والتحرز عن الجناية على الدين صورة ومعنى سبب لنيل الثواب ولا يحل له أن يقتل المسلم بحال لانه لو أكره على ذلك بعينه لم يحل له أن يفعله فعند التردد بينه وبين غيره أولى فان قتل الرجل المسلم ففى القياس عليه القود لانه كان متمكنا من دفع البلاء عن نفسه باجراء كلمة الشرك على اللسان ولا يأثم به ولا تبين منه امرأته فاذا ترك ذلك وأقدم على القتل كان بمنزلة الطائع فى ذلك ولما لم يتحقق الالجاء فيه فيصير حكم القتل عليه بمنزلة ما لو أكره عليه بالحبس فيلزمه القود ولكنه استحسن لاسقاط القود عنه اذ لم يكن عالما بان الكفر يسعه في هذا الوجه لان حرمة الشرك حرمة باتة مصمتة لا تنكشف بحال ولكن رخص له مع طمأنينة القلب بالايمان فهو يتحرز مما هو حرام لان هذه الرخصة سببها خفى قد يخفى على كثير من الناس فيصير جهله بذلك شبهة فى اسقاط القود عنه ولكن يجب عليه الدية في ماله فى ثلاث سنين لان الضرورة لم تتحقق له فى الاقدام على القتل فيكون فعل القتل مقصورا عليه وان أسقطنا عنه القود للشبهة والمال يثبت مع الشبهات فتجب الدية فى ماله ولكن الدية بنفس القتل تجب مؤجلة ولم يذكر فى الكتاب ما اذا كان عالما بان الكفر يسعه وأكثر مشايخنا رحمهم الله على أنه يلزمه القود لانه لا يبقى له شبهة فى الاقدام على القتل اذا كان عالما بان الكفر يسعه فهو نظير المسلم اذا أكره على أكل الميتة ولحم الخنزير علي ما بينه وهذه من جملة المسائل التى يفسره العلم فيها ويخلص فى جهله وفى هذا الكتاب من هذا الجنس خمس مسائل جمعناها فى كتاب الوكالة ومن أصحابنا رحمهم الله من يقول وان كان يعلم ذلك لا يلزمه القود لانه بما صنع قصد مغايظة المشركين واظهار الصلابة فى الدين ويباح للانسان أن يبذل نفسه وماله لما يكون فيه كبت وغيظ للمشركين فيقاتلهم وان كان يعلم أنهم يقتلونه فاذا كان يحل له فى نفسه ففي نفس الغير أولى وان كان لا يحل له ذلك فيصير شبهة فى درء القود عنه ولو قيل له لنقتلنك أو لتأكلن هذه الميتة أو لتقتلن هذا المسلم عمدا فينبغى له أن يأكل الميتة لما

بينا أن حرمة الميتة تنكشف عند الضرورة وقد تحققت الضرورة هنا فالتحقت الميتة بالمباح من الطعام كما لو أكره عليه بعينه فان لم يأكل الميتة وقتل المسلم فعليه القود لانه طائع في الاقدام على القتل حين تمكن من دفع البلاء عن نفسه بتناول الميتة وذلك مباح له عند الضرورة وليس في التحرز عن المباح اظهار الصلابة في الدين فلهذا لزمه القود وأشار الى الفرق بين هذا وبين ماتقدم فقال (ألا ترى) انه لو لم يكفر حتى قتل كان مأجورا ولو لم يأكل الميتة حتى قتل كان آثما اذا كان يعلم أنه يسعه ذلك وقد بينا في أول الكتاب قول أبي يوسف رحمه الله في أنه لا يأثم اذا امتنع من التناول عند الضرورة وأن الاصح ما ذكره في الكتاب من انكشاف الحرمة ولو أكرهه في هذا بوعيد أو سجن أو قيد لم يسعه ان يكفر فان فعل بانت منه امرأته لان الضرورة لم تتحقق فان شرب الخمر عند الاكراه بالحبس ففي القياس عليه الحد لانه لا تأثير للاكراه بالحبس في الافعال فوجوده كعدمه (ألا ترى) ان العطشان الذي لا يخاف على نفسه الهلاك اذا شرب الخمر يلزمه الحد فالمكره بالحبس قياسه وفي الاستحسان لاحد عليه لان الاكراه لو تحقق به الالجاء صار شرب الخمر مباحا له فاذا وجد جزء منه يصير شبهة كالملك في الحر وفي الجارية المشتركة يصير شبهة في اسقاط الحد عنه بوطئها ولان الاكراه بالحبس معتبر في بعض الاحكام غير معتبر في البعض وحد الخمر ضعيف ثبت باتفاق الصحابة رضى الله عنهم على ماقال علي رضى الله عنه مامن أحد أقيم عليه حدا فيموت فاجد في نفسي من ذلك شيأ الا حد الخمر فانه ثبت بآرائنا فلهذا صار هذا القدر من الاكراه شبهة في اسقاط هذا الحد خاصة وان قتل المسلم قتل به في الوجوه كلها لان الاكراه بالحبس لاأثر له في نسبة الفعل الى المكره ولا في اباحة القتل فلا يصير الاكراه بالحبس شبهة في اسقاط القود عن القاتل ولو قال له لاقتلنك أو لتقتلن هذا المسلم عمدا أو تزني بهذه المرأة لم يسعه ان يصنع واحدا منهما حتى يقتل فان صنع واحدا منهما فهو آثم لان كل واحد من هذين الامرين لا يحل له بالاكراه وان أكره عليه بعينه فكذلك اذا أكره على أحدهما بغير عينه وان أبى أن يفعل واحدا منهما حتى قتل كان مأجورا لانه بذل نفسه في التحرز عن الحرام وقتل بالذي قتله لانه قتله ظلما فعليه القود وان زنا كما أمره ففي القياس عليه الحد وفي الاستحسان عليه المهر ومن أصحابنا من قال المراد بالقياس في قول أبي حنيفة رحمه الله الاول وبالاستحسان قوله الآخر كما بينا فيما اذا أكره على الزنا بعينه والاصح ان هذا قياس واستحسان أجريناه على

قوله الآخر وجه القياس انه اذا أقدم على قتل المسلم كان آلة فى ذلك الفعل وكان الفعل منسوبا الى غيره وهو المكره فلا يكون هو مؤاخذا بشئ من أحكامه واذا أقدم على الزنا كان الفعل منسوبا اليه بحكمه فهو للاقدام على الزنا هنا مع تمكنه من دفع البلاء عن نفسه على وجه لايصير مؤاخذا بشئ من أحكام الفعل بان يقتل الرجل فيلزمه الحد بخلاف مالو أكره على الزنا بعينه ووجه الاستحسان ان فى هذه الحالة لايحل له الاقدام على قتل المسلم فهو أقدم على الزنا دفعا للقتل عن غيره ولو أقدم على الزنا دفعا للقتل عن نفسه بان أكره عليه بعينه سقط عنه الحد ولزمه المهر فهذا مثله*يوضحه ان الضرورة تحققت له فى كل واحد من هذين الفعلين حين لم يسعه الاقدام على واحد منهما فيجعل فى حق كل واحد منهما كانه أكره عليه بعينه حتى لو قتل المسلم كان القود على المكره وكان المكره مستحقا للتعزير والحبس بمنزلة مالو أكره عليه بعينه فلذلك اذا أقدم على الزنا كان عليه الصداق وهذا عند الحد بمنزلة مالو أكرهه عليه بعينه (ألا ترى) انه لو أكرهه أن يقتل أحد هذين الرجلين عمدا كان القود على المكره اذا قتل أحدهما لانه لما لم يسعه الاقدام على قتل واحد منهما صار فى حق كل واحد منهما كانه أكره على قتله بعينه ولو أكرهه على ذلك بالحبس أخذ بحد الزنا ان زنا وبالقود ان قتل لرجل لانه لايسعه الاقدام على واحد من الفعلين بسبب الاكراه وان تحققت الضرورة به فالاكراه بالحبس لايكون مؤثرا فى موجب واحد منهما كما لو أكره عليه بعينه ولو أكرهت المرأة على الزنا بحبس أو قيد درئ عنها الحد لانها لو أكرهت على ذلك بالقتل يسعها التمكين ولا تأثم فيه فاذا أكرهت عليه بالحبس يصير شبهة فى اسقاط الحد عنها بمنزلة شرب الخمر وانما فرقنا بين جانب الرجل والمرأة فى الاكراه بالقتل لان الرجل مباشر لفعل الزنا مستعمل للآلة فى ذلك وحرمة الزنا حرمة تامة ولا تنكشف عند الضرورة لحرمة القتل فأما المرأة فهى مفعول بها وليس من جهتها مباشرة للفعل انما الذى منها التمكين وذلك بترك الامتناع الا أن فى غير حالة الضرورة لايسعها ذلك لوجوب دفع المباشرة للزنا عن نفسها وذلك المعنى ينعدم عند تحقق الضرورة بالاكراه بالقتل فلا يأثم فى ترك الامتناع كمن ترك الامر بالمعروف والنهى عن المنكر عند خوف الهلاك عن نفسه لايكون آثما فى ذلك ولو قال له لاقتلنك أو لتقتلن هذا المسلم أو تأخذ ماله فتستهلكه وهو أكثر من الدية أو أقل فلا بأس بأن يأخذ المال أو يستهلكه ويكون ضمانه

على المكره لأن الالجاء قد تحقق ويباح اتلاف المال عند الالجاء كما لو أكره عليه بعينه ويصير هو فى ذلك آلة للمكره فضمانه على المكره وان قتل الرجل قتل به الذى ولى القتل لانه لما أبيح له الاقدام على اتلاف المال ولا يلحقه بذلك اثم ولا ضمان كان هو غير مضطر فى الاقدام على القتل فيكون بمنزلة الطائع فيلزمه القود وهو نظير ماتقدم من مسألة الميتة وشرب الخمر الا أن هنا ان لم يفعل واحدا منهما حتى قتل كان غير آثم فى ذلك بخلاف مسئلة الميتة لان الحرمة هناك لحق الشرع وحالة الضرورة مستثناة من الحرمة شرعا وهنا بخلافه فان تناول مال الغير واستهلاكه بغير رضاه ظلم فى حق صاحب المال والظلم حرام الا أن بسبب الضرورة يباح له الاتلاف شرعا مع بقاء حق المالك فى المال فلهذا وجب الضمان له على المكره جبرا لما لحقه فاذا امتنع من ذلك كان ممتنعا من الظلم فلا يأثم به (ألا ترى) أن المضطر الى طعام الغير يسعه أن يأخذه بغير رضا صاحبه فان أبى صاحبه أن يعطيه فلم يأخذ حتى مات لم يكن آثما فى تركه لهذا المعنى فكذلك المكره (ألا ترى) أنه لو قيل له لنقتلنك أو لتدلنا على مالك فلم يفعل حتى قتل لم يكن آثما فاذا كان لو قتل فى دفعه عن مال نفسه لم يكن آثما فكذلك اذا امتنع عن استهلاك مال الغير حتى قتل قال ولو اثم في هذا فى ماله أومال غيره ألم يقل رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد وهذا حديث مشهور أشار الى الاستدلال به من حيث انه لو قتل دفعا عن مال نفسه أو عن مال غيره كان شهيدا فكيف لايكون شهيدا فى دفع مالا يسعه الاقدام عليه فبهذا تبين أنه لايأثم اذا امتنع من ذلك كله وكذلك لوقال لاقتلنك أو لتطلقن امرأتك أو لتعتقن عبدك فلم يفعل حتى قتل لم يأثم لانه بذل نفسه دفعا عن ملك محترم له فان ملك النكاح محترم لملك المال وربما يكون الاحترام لملك النكاح أظهر فلا يكون هو آثما وان كان يسعه الاقدام على كل واحد منهما لتحقق الضرورة ولو أكره بوعيد قتل على أن يقتل عبده عمدا وقيمته ألف درهم أو يستهلك ماله هذا وهو ألفا درهم فان أبى أن يفعل واحدا منهما حتى قتل كان غير آثم لان حرمة القتل لم تنكشف بالاكراه وحرمة المال قائمة مع الاكراه وان أبيح له الاقدام على استهلاكه للدفع عن نفسه فلايكون آثما فى الامتناع لانه يمتنع من السفه في استهلاك المال وقتل النفس من السفه فان استهلك ماله فقد أحسن وضمانه على المكره بالغا مابلغ لان الالجاء قد تحقق فيكون فعله فى اتلاف المال منسوبا الى المكره وهو محسن فيما صنع لانه جعل ماله

دون نفسه وقال عليه الصلاة والسلام لواحد من أصحابه اجعل مالك دون نفسك ونفسك دون دينك ان قتل العبد ولم يستهلك المال فهو آثم ولا شيء على المكره لان الالجاء لم يتحقق في القتل فانه كان متمكنا من دفع الشر عن نفسه من غير مباشرة القتل فتى فعله في القتل مقصورا عليه فليس له على المكره قود ولا قيمة ولو أكرهه بوعيد القتل على أن يقتل أحد عبديه هذين وأحدهما أقل قيمة من الآخر فقتل أحدهما عمدا كان له أن يقتل المكره لتحقق الالجاء هاهنا فيما أقدم عليه من القتل فحكم القتل في العبد الذي هو قليل القيمة كهو في كثير القيمة واذا تحقق الالجاء صار القتل منسوبا الى المكره بخلاف الاول فانه لا مساواة بين استهلاك المال والقتل وانما يتحقق الالجاء في الادنى والادنى استهلاك المال الذي يباح له الاقدام عليه عند الضرورة فتى في قتل العبد مباشرا للفعل مختارا وهنا حرمة نفس العبدين سواء فيتحقق الالجاء في حق كل واحد منهما وكذلك لو أكرهه بوعيد القتل على أن يقطع يد نفسه أو يقتل عبده عمدا ففعل أحدهما كان له ان يقتص من المكره لان الالجاء تناول كل واحد منهما بمنزلة مالو اكره عليه بعينه فان قيل لا كذلك فانه يباح له الاقدام على قطع يد نفسه عند الاكراه ولا يباح له الاقدام على قتل عبده فينبغي أن يجعل هذا نظير الفصل الاول قلنا لا كذلك فالاطراف محترمة كالنفوس الا أنه اذا أكره على قطع يد نفسه فباعتبار مقابلة طرفه بنفسه جوزنا له أن يختار أدنى الضررين وهذا المعنى لا يتحقق عند مقابلة طرفه بنفس عبده فالضرر عليه في قطع طرفه فوق الضرر في قتل عبده (ألا ترى) انه لو خاف على عبده الهلاك لا يحل له أن يقطع يد نفسه ليتناوله العبد فبهذا تبين ان المساواة بينهما في الحرمة عند مقابلة أحدهما بالآخر فيتناول الاكراه كل واحد منهما ولو أكرهه على أن يضرب أحد عبديه مائة سوط ففعل ذلك بأحدهما فمات منه غرم المكره أقل القيمتين ان كان الذي بقي أقلهما قيمة لان الواجب بهذا الفعل ضمان المالية في حق المولى وفيما يرجع الى المالية الضرورة للمولى انما تتحقق في الادنى وهو اذا أقدم على ضرب أكثرهما قيمة كان مختارا في الزيادة بمنزلة مالو أكره على الهبة والتسليم في أحدهما بغير عينه بخلاف ما سبق فهنالك موجب الفعل القود يستوى فيه قليل القيمة وكثير القيمة وهنا موجبه المال بطريق الجبران لما فات عن المولى وبينهما في المالية تفاوت وانما تتحقق له الضرورة في أدناهما ولو أكرهه في كله بوعيد حبس لم يكن على المكره شيء ولو أكرهه على أن يأخذ مال هذا الرجل أو مال هذا الرجل فلا بأس أن يأخذ

مال أحدهما لان الاكراه قد تناولهما لاستوائهما في بقاء الحرمة والتقوم فى حق كل واحد منهما لحق المالك وان أبيح له الاقدام على الاخذ لدفع الهلاك عن نفسه واحب الينا أن يأخذ مال أغناهما عن ذلك لان أخذ المال من صاحبه يلحق الهم والحزن به وذلك يتفاوت بتفاوت حال المأخوذ منه فى الغني فالاخذ من الفقير يلحق به هما عظيما لانه لا يرجع الى ملك مثله بخلاف الاخذ من الغنى فى مباسطة الشرع مع الاغنياء فى المال الكثير منه مع الفقراء يعني به الزكاة وصدقة الفطر وضمان العتق والنفقة فلهذا يستحب له أن يأخذ مال أغناهما فان كانا فى الغنى عنه سواء قلنا خذ أقلهما لان الضرورة تتحقق فى الاقل وفى القليل من المال من التساهل بين الناس ماليس فى الكثير وقيل ان استويا فى المقدار قلنا خذ مال أحسنهما خلقا وأظهرهما جودا وسماحة لان الهم والحزن بالاخذ منه يتفاوت بحسن خلقه وسوء خلقه وبخله وجوده فان أخذه واستهلكه كما أمره غرمه الذى أكرهه لان الاكراه لما تناوله صار الاتلاف منسوبا الى المكره وان أخذ أكثرهما فاستهلكه غرم المكره مقدار أقلهما لان الاتلاف انما يصير منسوبا الى المكره فيما تحقق الالجاء فيه وهو الاقل ثم يغرم المستهلك الفضل لصاحب المال لانه فى الزيادة على الاقل لاضرورة له فى الاستهلاك فيقتصر حكم الاستهلاك عليه ولو أكرهه على أن يقتل عبد هذا الرجل عمدا أو يأخذ مال هذا الآخر أو مال صاحب العبد فيطرحه فى مهلكة أو يعطيه انسانا فلا بأس أن يعمل فى المال ما أمره به لتحقق الضرورة فيه وغرمه بالغا ما بلغ على المكره لان الاتلاف صار منسوبا اليه وان قتل العبد فعلى القاتل القود لان الاكراه لم يتناول القتل هنا اذ لا مساواة بين حرمة القتل وحرمة استهلاك المال واذا تمكن من دفع البلاء عن نفسه بغير القتل كان هو فى الاقدام على القتل طائعا فعليه القود وعلى المكره الادب والحبس لارتكابه مالا يحل ولو كان انما أمره أن يستهلك المال ويضرب العبد مائة سوط فلا بأس باستهلاك المال وضمانه على المكره ولا يحل له ضرب العبد لان مثل هذا الضرب يخاف منه الهلاك فيكون بمنزلة القتل فان ضربه فمات منه كانت قيمته على عاقلة الضارب ولا ضمان على المكره لانه طائع فى الاقدام على الضرب حتى تمكن من التخليص بدونه على وجه لا يلحقه اثم ولا ضمان والقتل بالسوط يكون سببه العمد فيوجب القيمة على عاقلة الضارب ولو كان العبد والمال للمكره لم يسعه ضرب عبده ولكنه يستهلك ماله ويرجع به علي المكره فان ضرب عبده فمات لم يكن على المكره ضمان لان المكره

لما كان يتخلص بدون الضرب كان هو فى الاقدام على الضرب ظالما ومن قتل عبد
نفسه ظالما لم يجب الضمان له على غيره ولو أكره بوعيد قتل على أن يقتل عبده هذا أو
يقتل العبد الذى أكرهه أو يقتل ابنه أو قال أقتل عبدك هذا الآخر أو أقتل أباك لم
يسعه أن يقتل عبده الذى أكرهه على قتله لان الاكراه لم يتحقق هنا فالمكره من
يخاف التلف على نفسه وهنا انما هدده بقتل من سماه دون نفسه فلا يكون هو ملجأ به الى
الاقدام على القتل فان قتل عند ذلك فلا شئ على المكره سوى الادب لانه لم يصر آلة
للمكره حين لم يتحقق الالجاء (ألا ترى) انه لو قيل له لتقتلن ابنك أو لتقتلن هذا الرجل
وهو لا يخاف منه سوى ذلك لم يسعه أن يقتل الرجل وان قتله قتل به وكذلك لو أكرهوه
على أن يستهلك مال هذا الرجل أو يقتلون أباه فاستهلكه ضمنه ولم يرجع به على المكره
لانه لم يصر ملجأ الى هذا الفعل حتى لم يصر خائفا على نفسه ولان قتل أبيه أو ابنه
يلحق الهم والحزن به بمنزلة الحبس والقيد فى نفسه ولو أكره بالحبس على القتل أو استهلاك
المال اقتصر حكم الفعل عليه كذلك هنا الا انه لا يأثم فى ذلك الاستهلاك لانه يجعل مال
الغير وقاية لنفس ابنه وكما يجوز له أن يجعل مال الغير وقاية لنفسه يجوز له أن يجعل مال الغير وقاية
لنفس ابنه أو لنفس أجنبي آخر (ألا ترى) أن المضطر الذى يخاف الهلاك اذا عجز عن
أخذ طعام الغير وهناك من يقوى على أخذ ذلك منه وسعه أن يأخذه فيدفعه الى المضطر
فيأكله ويكون ضامنا لما يأخذه وهذا لان فعله من باب الامر بالمعروف فانه يحق على صاحب
الطعام شرعا دفع الهلاك عن المضطر فاذا امتنع من ذلك كان فعل الغير به ذلك من نوع
الامر بالمعروف فيسعه ذلك فكذلك فى الاستهلاك للمال ولو لم يستهلكه حتى قتل الرجل
اباه لم يكن عليه اثم ان شاء الله لانه كان يلزمه غرمه اذا استهلكه فيكون له أن يمتنع
من ذلك كما يكون للقوى فى فصل المضطر أن يمتنع من أخذ الطعام ودفعه الى المضطر
(ألا ترى) أن حرمة أبيه فى حقه لا تكون أعظم من حرمة نفسه وفى حق نفسه يسعه أن
يمتنع من الاستهلاك حتى يقتل ففى حق أبيه أولى الا أن يكون شيأ يسيرا فلا أحب له أن
يترك استهلاكه ثم يغرم لصاحبه لانه يحق عليه احياء أبيه بالغرم اليسير يعنى بالاتفاق عليه
فكذلك فى فصل الاكراه اذا كان شيأ يسيرا لا يستحب له أن يمتنع من التزام غرمه ويدع
أباه يقتل وكذلك فى الناس التحرز عن التزام القليل لاحياء أبيه يعد من العقوق والعقوق

حرام وكذلك فى مسئلة المضطر المستحب للقوي أن لايمتنع من أخذ الطعام ودفعه الى المضطر لان ذلك يسير لايجحف بغرمه ولو كان بحيث يجحف به لم أر بأسا أن لايأخذه ولو رأى رجلا يقتل رجلا وهو يقوى على منعه لم يسعه الا أن يمنعه وان كان يأتى ذلك على نفس الذى أراد قتل صاحبه بخلاف فضل المال لان هذا لايلتزم غرما بهذا الدفع وان أتى على نفس القاصد فالقاصد باغ قد أبطل دمه بما صنع (ألا ترى) أنه اذا قصد قتله فقتله المقصود لم يلزمه شيء فكذلك اذا قصد قتل غيره فقتله هذا الذى يقوى عليه وأما فى فضل المال القوى فيلتزم الغرم بما يأخذه لان بسبب الضرورة للمضطر لاتسقط الحرمة والقيمة فى حق صاحب المال فلهذا كان له أن يمتنع من ذلك ولو انتهوا الى بئر فيها ماء فمنع المضطر من الشرب منها فلم يقو عليهم وقوى صاحبه على قتالهم حتى يأخذ الماء فيسقيه اياه لم يسعه الا ذلك وان أتى على أنفسهم لانهم ظالمون فى منع المضطر حقه فحق السقيا فى ماء البئر ثابت لكل أحد ولو قوى المضطر بنفسه على أن يقاتلهم بالسيف حتى يقتلهم ويخلوا بينه وبين الماء فكذلك من يقوى على ذلك من رفقائه (ألا ترى) أنه لايلتزم غرما بفعله فهو نظير القاصد الى قتل الغير فأما فى الطعام والشراب الذى أحرزوه فى أوعيتهم فلم يبق للغير فيه حق وان اضطر الى ذلك (ألا تري) أنه لايسعه أن يقاتلهم عليه ان منعوه فكذلك لغيرهم أن يمتنع من التزام الغرم بأخذه (ألا ترى) أن الماء الذي فى البئر لو باعوه منه لم يجز بخلاف مالو أحرزوه فى أوعيتهم ولو بذلوا له الطعام أو الشراب بثمن مثل ما يشترى به مثله فأبى أن يأخذه بذلك حتى مات وهو يقدر على ثمنه كان آثما فى ذلك لانه فى معنى قاتل نفسه حين امتنع من تحصيل ما هو سبب لبقائه مع قدرته علي ذلك وقد قال الله تعالى ولا تقتلوا أنفسكم ولانه ملق نفسه فى التهلكة فى بالامتناع من آداء الثمن عند عرضهم عليه اذا كان واجد الثمن ولو قيل له لتشربن هذا الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لتقتلن ابنك هذا أو أباك لم يسعه شرب الخمر ولا أكل الميتة لانعدام الضرورة (ألا ترى) أن هذا بمنزلة التهديد بالحبس فى حقه كما قررنا ولو قيل له لتقتلن ابنك هذا أو ابوك اولتبيعن عبدك هذا بألف درهم فباعه فالقياس ان البيع جائز لانه ليس بمكره على البيع فالمكره من يهدد بشيء فى نفسه ولكنه استحسن فقال البيع باطل لان البيع يعتمد تمام الرضا وما هدد به يعدم رضاه فالانسان لايكون راضيا عادة بقتل أبيه أو ابنه ثم هذا يلحق الهم والحزن به فيكون بمنزلة الاكراه بالحبس والاكراه

بالحبس يمنع نفوذ البيع والاقرار والهبة والعقود التي تحتمل الفسخ فكذلك الاكراه بقتل ابنه وكذلك التهديد بقتل ذي رحم محرم لان القرابة المتأيدة بالمحرمية بمنزلة الولاد في حكم الاحياء بدليل انها توجب العتق عند الدخول في ملكه ولو قيل له لنحبسن أباك في السجن أو لتبيعن هذا الرجل عبدك بألف درهم ففعل ففي القياس البيع جائز لما بينا ان هذا ليس باكراه فانه لم يهدد بشيء في نفسه وحبس ابنه في السجن لايلحق ضررا به والتهديد به لا يمنع صحة بيعه واقراره وهبته وكذلك في حق كل ذي رحم محرم وفي الاستحسان ذلك اكراه كله ولا ينفذ شيء من هذه التصرفات لان حبس ابنه يلحق به من الحزن مايلحق به حبس نفسه أو أكثر فالولد اذا كان بارا يسعى في تخليص ابيه من السجن وان كان يعلم انه يحبس وربما يدخل السجن مختارا ويحبس مكان أبيه ليخرج أبوه فكما أن التهديد بالحبس في حقه يعدم تمام الرضا فكذلك التهديد بحبس أبيه والله أعلم

باب الاكراه فيما يوجب لله عليه أن يؤديه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على أن يكفر يمينا قد حنث فيها فكفر بعتق أو صدقة أو كسوة أجزأه ذلك ولم يرجع على المكره بشيء لانه أمره باسقاط ماهو واجب عليه شرعا وذلك من باب الحسبة فلا يكون موجبا للضمان على المكره وكانه يعوضه ما جبره عليه من التكفير بسقوط التبعة عنه في الآخرة وأما الجواز عن الكفارة فلان الفعل في التكفير مقصور عليه لما لم يرجع على المكره بشيء ومجرد الخوف لايمنع جواز التكفير (ألا ترى) ان كل مكفر يقدم على التكفير خوفا من العذاب ولا يمنع ذلك جوازه ولو أكرهه على أن يعتق عبده هذا عنها ففعل لم يجزه لان المستحق عليه شرعا الكفارة لاابطال الملك في هذا العبد بعينه فالمكره في اكراهه على اعتاق هذا العبد بعينه ظالم فيصير فعله في الاتلاف منسوبا الى المكره ويجب عليه ضمان قيمته واذا لزمه قيمته لم يجز عن الكفارة لانعدام التكفير في حق المكره حين صار منسوبا الى غيره ولان هذا في معنى عتق بعوض والكفارة لاتتأدى بمثله ولو كان أكرهه بالحبس أجزأه عن الكفارة لان الفعل منسوب اليه دون المكره ولم يستوجب الضمان على المكره بهذا الاكراه فتتأدى به الكفارة لاقتران النية بفعل الاعتاق ولو أكرهه بوعيد تلف على الصدقة في الكفارة ففعل ذلك نظر فيما

تصدق به فان كانت قيمته أقل من قيمة الرقاب ومن أدنى الكسوة التى تجزئ لم يضمن المكره شيأ لتيقننا بوجوب هذا المقدار من المال عليه فى التكفير فيكون المكره مكتسبا سبب اسقاط الواجب عنه وان كان أكثر قيمة من غيرها ضمنه الذى أكرهه لانه لا يتعين فى وجوب هذا المقدار عليه ولاهذا النوع بل هو مخير شرعا بين الانواع الثلاثة ويخرج عن الكفارة باختياره أقلها فيكون المكره متلفا عليه هذا النوع بغير حق فيضمنه له ولا يجزئه عن الكفارة وان قدر على الذى أخذه منه كان له أن يسترده لانه كان مكرها على التسليم اليه وتمليكه اياه مع الاكراه فاسد فيتمكن من استرداده وان كان أكرهه بالحبس لم يضمن المكره شيأ لان الفعل لايصير منسوبا اليه بهذا الاكراه ولكنه يرجع به على الذي أخذ منه لانه ما كان راضيا بالتسليم اليه والتمليك مع الاكراه بالحبس فان أمضاه له بعد ذلك بغير اكراه أجزأه ان كان قائما وان كان مستهلكا لم يجزه لانه اذا كان قائما فى يده فامضاؤه بمنزلة ابتداء التصدق عليه وان كان مستهلكا فهو دين عليه والتصدق بالدين على من هو عليه لايجزئ عن الكفارة وكذلك هذا فى كفارة الظهار وقد قال بعض مشايخنا رحمهم الله انه اذا أكرهه فى كفارة الظهار على عتق عبد بعينه وذلك أدنى مايجزئ فى الكفارة لايكون على المكره فيه ضمان ويجزيه عن الكفارة لانا تيقنا ان ذلك القدر واجب عليه فالتكفير بالعتق عين فى الظهار والاصح أن ذلك لايجزيه وعلى المكره قيمته لانه وان لم يكن ظالما له فى القدر فهو ظالم له فى العين اذ ليس عليه اعتاق هذا بعينه وللناس فى الاعتاق أغراض فيلزم المكره الضمان بهذا الطريق واذا لزمه الضمان لم يجزه عن الكفارة قال وكذلك كل شئ وجب لله تعالى عليه من بدنة أو هدى أوصدقة أوحج فأكره على أن يمضيه ففعل ولم يأمره المكره بشئ بعينه فلا ضمان على المكره ويجزي عن الرجل ما أمضاه ولان المكره محتسب حين لم يزد على أمره باسقاط الواجب والوفاء بما التزمه وقد قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم فان أوجب شيأ بعينه على نفسه صدقة فى المساكين فأكره بحبس أو قيد على أن يتصدق بذلك جاز ماصنع منه ولم يرجع على المكره بشئ لان الوفاء بما التزمه مستحق عليه شرعا كما التزمه فاذا التزم التصدق بالعين كان عليه الوفاء به فى ذلك العين والمكره مازاد فى أمره على ذلك فلا يرجع عليه بشئ وكذلك الاضحية وصدقة الفطر لو أكره عليهما رجل حتى فعلهما اجزأه ولم يرجع على المكره بشئ لان ذلك واجب عليه شرعا وهذا الجواب فى الاضحية بناء على ظاهر الرواية أنها واجبة ومقصوده

ان يبين أن الواجب الذى يثبت للامام فيه ولاية الاخذ والذي لا يثبت له فى ذلك ولكن من عليه يقضي بأدائه فى حكم الاكراه سواء ولو قال لله تعالى على هدى أهديه الى بيت الله فأكره بالقتل على أن يهدى بعيرا أو بدنة بنحرها ويتصدق بها ففعل كان المكره ضامنا قيمتها ولا يجزيه ما أوجبه على نفسه لان بلفظ الهدى لا يتعين عليه البعير ولا البقرة ولكن يخرج عنه بالشاة فالمكره ظالم له فى تعيين البدنة فيلزمه ضمان قيمتها ولا يجزيه عما أوجبه لحصول العوض أو لان الفعل صار منسوبا الى المكره ولو أكرهه على أدنى ما يكون من الهدى فى القيمة وغيرها فامضاه لم يغرم المكره شيأ لانه مازاد على ماهو الواجب عليه شرعا ولو قال لله على عتق رقبة فأكرهه على أن يعتق عبدا بعينه بقتل فأعتقه ضمن المكره قيمته ولم يجزه عن النذر لانه التزم بعتق رقبة بغير عينها والمكره في أمره بعتق عبد بعينه ظالم فيكون ضامنا قيمته وان كان يعلم الذى أكرهه على عتق عبد هو أدنى ما يكون من التسمية لم يكن على المكره ضمان واجزأ عن المعتق لتيقننا بوجوب هذا المقدار عليه ومن قال من أصحابنا فى مسئلة كفارة الظهار ان المكره لا يضمن اذا أكرهه على عتق عبد هو أدنى مايجزى انما أخذ جوابه من هذا الفصل وعلى ما قلنا من الجواب المختار هذه لا تشبه تلك لان الناذر انما يلتزم الوفاء بالمنذور من أعيان ملكه فيصير كالمعتق للادنى عن نذره فأما فى الكفارة فالواجب دين فى ذمته ولا يتناول اعيان ملكه (ألا ترى) أن فى الكفارات قد يخرج بغير الاعتاق عند العجز عن الاعتاق وفى النذر لا يخرج بدون الاعتاق ولا يكون الاعتاق الا فى ملكه فمن هذا الوجه يقع الفرق ولو قال لله على أن أتصدق بثوب هروى أو مروى فأكرهه على أن يتصدق بثوب بعينه فانه ينظر الى الذى تصدق به فان كان العلم محيطا بأنه أدنى ما يكون من ذلك الجنس فى القيمة وغيرها أجزأه ذلك ولا ضمان على المكره لانه ما ألزمه بالاكراه الا مايعلم أنه مستحق عليه بنذره شرعا وان كان غيره أقل من قيمته نظر الى فضل مابين القيمتين فغرم المكره ذلك لانه فى الزيادة على الادنى يلزمه ذلك بالاكراه من غير ان كان واجبا عليه وهذا بخلاف الهدى والاضحية والعتق لان ذلك مما لا ينتقض فاذا ضمن المكره بعضه صار ناقصا ما وجب عليه فلا يجزيه عن الواجب فلهذا يغرم المكره جميع القيمة والتصدق بالثوب مما يحتمل التجزى فانه لو تصدق بنصف ثوب جيد يساوي ثوبا كما لزمه أجزاه عن الواجب فنحن وان أوجبنا ضمان الزيادة على المكره وقع المؤدى فى مقدار الادنى مجزيا

عن الواجب ويوضحه أن في التصدق تعتبر المالية (ألا ترى) أن له أن يتصدق بقيمة الثوب مكان الثوب وعند النظر الى القيمة يظهر الفضل وفي الهدايا والضحايا وعتق الرقاب لا تعتبر المالية حتى لا يتأدى الواجب بالقيمة فلهذا قلنا اذا صار ضامنا للبعض ضمن الكل واذا قال لله على أن أتصدق بعشرة أقفزة حنطة على المساكين فأكره بوعيد قتل على أن يتصدق بخمسة أقفزة حنطة جيدة تساوى عشرة أقفزة حنطة رديئة فالمكره ضامن لطعام مثله لان المؤدى لا يخرج عن جميع الواجب فانه لا معتبر بالجودة في الاموال الربوية عند مقابلتها بجنسها ولا يمكن تجويزها عن خمسة أقفزة حنطة لان في ذلك ضررا على الناذر فالمكره ظالم له في التزام الزيادة على الادنى فلهذا يضمن له طعاما مثل طعامه وعلى الناذر أن يتصدق بعشرة أقفزة رديئة ولو أن رجلا له خمس وعشرون بنت مخاض فحال عليها الحول فوجب فيها ابنة مخاض وسط فأكره بوعيد قتل على أن يتصدق على المساكين بابنة مخاض جيدة غرم المكره فضل قيمتها على قيمة الوسط لانه ظالم له في الزام هذه الزيادة وقد جازت الصدقة عن المتصدق في مقدار الوسط فلا يغرم المكره ذلك لان هذا ليس بمال الربا فيمكن تجويز بعضه عن كله (ألا ترى) انه لو تصدق بنصف ابنة مخاض جيدة فبلغ قيمته قيمة ابنة مخاض وسط أجزأه عن الواجب فلهذا لا نوجب على المكره الا ضمان الفضل بينهما والله أعلم

باب الاكراه في الوكالة

(قال رحمه الله) ولو أن لصا أكره رجلا بوعيد قتل على أن يوكل رجلا بعتق عبد له أو بطلاق امرأة لم يدخل بها ففعل ذلك جاز التوكيل ونفذ تصرف الوكيل لان الاكراه لما لم يمنع صحة مباشرة الاعتاق والطلاق لا يمنع صحة التوكيل بهما أيضا ولا ضمان على الوكيل لانه نائب معبر فعبارته كعبارة الموكل ولكن الضمان على المكره كما لو أكرهه على مباشرة الايقاع وهذا استحسان قد بيناه في جعل الامر في يد الغير عن اكراه فالتوكيل قياسه ولو أكرهه على ان وكله ببيع عبده من هذا بالف درهم وأكرهه على دفعه اليه حتى يبيعه ففعل ذلك فباعه الوكيل وأخذ الثمن ودفع العبد الى المشترى فهلك العبد في يده من غير فعله والوكيل والمشترى غير مكرهين فالمولى بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمة عبده لانه قبضه طائعا بشراء فاسد وان شاء ضمن الوكيل لانه متعد في البيع والتسليم طائعا وان شاء ضمن

المكره لان اكراهه على التوكيل والتسليم بمنزلة الاكراه على مباشرة البيع والتسليم في حكم الاتلاف والضمان فان ضمن المشترى لم يرجع على أحد بشئ لانه ضمن بسبب باشره لنفسه وان ضمن الوكيل يرجع الوكيل على المشترى بالقيمة لانه قائم مقام المالك فى الرجوع على المشترى ولانه ملكه بالضمان وقد قبضه المشترى منه بحكم شراء فاسد فيكون له أن يسترد منه قيمته لما تعذر استرداد العين وعلى الوكيل رد الثمن ان كان قبض ولايكون له الثمن بما ضمن له من القيمة لانه باعه للمكره ونقض ماضمنه له من القيمة لانه باعه للمكره وقد نقض المكره البيع بتضمينه القيمة ولا يشبه هذا الغصب يعني ان الغاصب اذا باع ثم ضمن القيمة ينفذ البيع من جهته لانه باعه هناك لنفسه وقد تقرر الملك له بالضمان وهنا باعه بطريق الوكالة عن المكره (ألاترى) أن المكره لو رضى بعد زوال الاكراه نفوذ البيع من جهته والمشترى بالقبض صار متملكا على المكره حتى لو أعتقه نفذ عتقه فلايمكن أن يجعل متملكا بهذا السبب على الوكيل فلهذا لا ينفذ البيع من جهته ولا يسلم له الثمن بل يرده على المشترى لان استرداد القيمة من المشترى كاسترداد العين ولا شئ للوكيل على المكره لانه ما أكرهه على شئ وانما التزم الوكيل ضمان القيمة بالبيع والتسليم وهو كان طائعا فى ذلك وان كان المكره ضمن المكره القيمة كان له أن يرجع بها ان شاء على المشترى وان شاء على الوكيل لانه قائم مقام المكره وقد كان له أن يرجع على أيهما شاء فان قال الوكيل للمكره لا أضمن لك شيأ لانك أنت الذى أمرته أن يدفع الى لم ينفعه ذلك شيأ لانه كان غير مكره على قبضه وقد كان له أن لايقبضه وانما ضمنه الذى أكرهه بقبضه وتسليمه فان قال الوكيل حين ضمن القيمة انا أجيز البيع فيما بيني وبين المشترى ويكون الثمن لى لم يكن له ذلك لان المشترى انما يملكه على المكره فلا يمكن جعله متملكا على الوكيل وان ملكه بخلاف الغصب على مابينا ولو كان أكرهه بالحبس على ذلك كان كذلك الا أنه لا يضمن المكره لان الاتلاف لايصير منسوبا اليه بالاكراه بالحبس ولو كان المولى والوكيل مكرهين بالقتل فان المولى بالخيار ان شاء ضمن المشترى قيمة عبده لانه قبضه بشراء فاسد طائعا وان شاء ضمن المكره باكراهه اياه على التسليم بوعيد تلف ثم يرجع بها المكره على المشترى لانه قائم مقام من ضمنه ولانه ملكه بالضمان ولا ضمان له على الوكيل لانه كان مكرها بالقتل على القبض والتسليم فلا يبقى فى جانبه فعل معتبر وان كانوا جميعا مكرهين بالقتل فالضمان على المكره خاصة لان الاتلاف

منسوب اليه اذ لم يبق للمكره فعل معتبر فى التسليم والقبض ولا يرجع المكره على أحد بشئ لانهم صاروا كالآلة له وليس للمتلف أن يرجع على الآلة بشئ وان كانوا مكرهين بالحبس فلا ضمان على المكره وللمولى أن يضمن المشترى قيمة عبده لان فعل المشترى فى القبض مقصور عليه وكذلك فعل الوكيل فى التسليم فان الاكراه بالحبس لايخرج واحد منهما من أن يكون مباشرا للفعل فان ضمن الوكيل رجع الوكيل بالقيمة على المشترى لانه قام مقام من ضمنه وان اختار تضمين المشترى فهو الذى يلى خصومته بما دون الوكيل لان الوكيل كان مكرها على البيع والتسليم بالحبس وذلك ينفى التزامه العهدة بالعقد فيخرج من الوسط اذا اختار المولى تضمين المشترى وتكون الخصومة فيه لمن باشر العقد له بمنزلة مالو وكل عبدا محجورا عليه أو صبيا محجورا ببيع فاسد وهذا لان الوكيل لو خاصم المشترى انما يخاصمه بحكم العقد فانه قد استفاد البراءة من الضمان حين اختار المولى تضمين المشتري وهو كان مكرها على العقد بالحبس وذلك يمنع ثبوت أحكام العقد فى حقه ولو أكره المولى بالقتل وأكره الوكيل والمشترى بالحبس فللمولى أن يضمن قيمته أيهم شاء لان فعلهم فى التسليم منسوب الى المكره وفعل الوكيل والمشترى مقصور عليهما فان ضمن المشترى لم يرجع على أحد بشئ وان ضمن الوكيل كان له أن يرجع على المشترى ولا شئ له على المكره لما بدا وان ضمن المكره كان له أن يرجع على المشترى بالقيمة التى ضمن ولا يرجع على الوكيل بشئ لانه أمر الوكيل بالقبض والبيع والدفع حين أكرهه عليه بالحبس والمكره بالضمان يصير كالمالك فلا يكون له أن يرجع بشئ على من قبضه ودفعه الى غيره باكراهه على ذلك ولو أكره المولى والوكيل بالقتل وأكره المشترى بالحبس فلا ضمان على الوكيل لانعدام الفعل منه حين كان مكرها بالقتل وللمولى أن يضمن المكره قيمته ان شاء ويرجع به المكره على المشترى وان شاء ضمن المشترى لان فعله فى القبض مقصور عليه * فان قيل اذا ضمن المكره ينبغي أن لا يرجع على المشترى بشئ لان المشترى كان مكرها من جهته بالحبس كما فى حق الوكيل فى المسئلة الاولى * قلنا نعم ولكن المشترى قبضه على وجه التمليك لنفسه بالشراء فلا بد من أن يكون ضامنا لما كان حكم قبضه مقصورا عليه وأما الوكيل فماقبضه لنفسه وانما قبضه ليدفعه الى غيره بامر المكره فلا يكون للمكره أن يرجع عليه بشئ ولو أكره المولي والوكيل بالحبس وأكره المشترى بالقتل فلا ضمان على أحد منهم الا الوكيل خاصة لان المولى انما

يضمن المكره بتسليمه الى الغير مكرها من جهته وانما كان مكرها هنا على ذلك بالحبس فلا يرجع عليه بشيء والمشتري على القبض مكره بالقتل فلا يكون قبضه موجبا للضمان عليه وأما الوكيل فهو مكره على القبض والتسليم بالحبس وذلك لا يوجب نقل الفعل عنه الى غيره فيكون ضامنا قيمته * فان قيل ينبغي أن يكون المكره ضامنا لان فعل المشتري في القبض صار منسوبا اليه فيجعل كأنه قبضه بنفسه وهلك في يده * قلنا المالك انما يضمن المكره باعتبار سبب جرى بينهما لا باعتبار سبب جرى بينه وبين غيره والذي جرى بينهما اكراهه اياه على التسليم بالحبس فاما اكراهه المشتري فهو سبب بين المكره والمشتري فلا يكون للمولى أن يضمن المكره بذلك السبب وانما يكون ذلك للمشتري في الموضع الذي لا يكون عاملا لنفسه في القبض ويتقرر عليه ضمان وهذا لان المالك انما يثبت له حق التضمين بتفويت يده وتفويت يده بالتسليم لا باعتبار قبض المشتري ولو أكره الولي والمشتري بالقتل وأكره الوكيل بالحبس والمسئلة بحالها كان للمولى أن يضمن المكره ان شاء لانه فوت يده حين أكرهه بالقتل على التسليم وان شاء ضمن الوكيل لان فعله في القبض والتسليم مقصور عليه وأيهما ضمن لم يرجع على صاحبه بشيء أما اذا ضمن الوكيل فلانه ما كان عاملا في البيع والتسليم للمكره وفعله في القبض والتسليم مقصور عليه وأما اذا ضمن المكره فلانه أذن له في بيعه ودفعه حين أكره بالحبس على ذلك ولا ضمان على المشتري لانه كان مكرها على القبض بوعيد قتل وذلك ينفي الضمان عنه ولو أكرهه بالقتل على أن يوكل هذا الرجل بأن يهب عبده هذا لهذا الرجل فوكله بذلك فقبضه الوكيل ودفعه الى الموهوب له ومات في يده والوكيل والموهوب له غير مكرهين فللمولى أن يضمن قيمته أيهم شاء بمنزلة الشراء لان الموهوب له يقبض لنفسه على وجه التملك بهبة فاسدة فيكون ضامنا كالمشتري فان ضمن الموهوب له لم يرجع على أحد وان ضمن الوكيل رجع به الوكيل على الموهوب له وان ضمن المكره رجع المكره ان شاء على الموهوب له وان شاء على الوكيل ورجع به الوكيل على الموهوب له لما بينا في فصل الشراء ولو كان الاكراه بحبس لم يضمن المكره شيأ وكان للمولى أن يضمن ان شاء الوكيل وان شاء الموهوب له فان ضمن الوكيل رجع به على الموهوب له لانه قام مقام من ضمنه أو لانه ملكه بالضمان ولم يقصد تنفيذ الهبة من جهته فكان له أن يرجع على الموهوب له لانه بالقبض متملك عامل لنفسه بغير اذن المالك فلا يسلم له مجانا والله أعلم

باب ما يسع الرجل في الاكراه وما لا يسعه

(قال رحمه الله) واذا أكره الرجل بوعيد تلف على أكل الميتة أو لحم الخنزير أو شرب الخمر فلم يفعل حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان آثما لان حالة الضرورة مستثناة من التحريم والميتة والخمر في هذه الحالة كالطعام والشراب في غير حالة الضرورة ولا يسعه أن يمتنع من ذلك حتى يتلف (ألا ترى) ان الذي يخاف الهلاك من الجوع والعطش اذا وجد ميتة أو لحم خنزير أو دما فلم يأكل ولم يشرب حتى مات وهو يعلم ان ذلك يسعه كان آثما وقد بينا هذا فيما سبق في الماء الذي خالطه الخمر التحرز عن قول من خالفنا في شرب الخمر عند العطش وفائده وذكره عن مسروق رحمه الله قال من اضطر الى ميتة أو لحم خنزير أو دم فلم يأكل ولم يشرب فمات دخل النار وهذا دليلنا على قول أبي يوسف وفيه دليل انه لا بأس باطلاق القول بدخول الدار لمن يرتكب مالا يحل له وان كان المذهب انه في مشيئة الله تعالى ان شاء عذبه وان شاء عفى عنه حتى اشتغل بعضهم بالتأويل بهذا اللفظ قالوا مراده الدخول الذي هو تحلة القسم قال الله تعالى وان منكم الا واردها أي داخلها وهو المذهب عند أهل السنة والجماعة ولكن هذا بعيد لان مراده بيان الجزاء على ارتكاب ما لا يحل ولكن لا يظن أحد بمثله انه تقصد بهذا اللفظ نفي المشيئة وقطع القول بالعذاب فان كان لا يعلم أن ذلك يسعه رجوت أن لا يكون آثما لانه قصد به التحرز عن ارتكاب الحرام في زعمه وهذا لان انكشاف الحرمة عند تحقق الضرورة دليله خفي فيعذر فيه بالجهل كما ان عدم وصول الخطاب اليه قبل أن يشتهر يجعل عذرا له في ترك ما ثبت بخطاب الشرع يعني الصلاة في حق من أسلم في دار الحرب ولم يعلم بوجوبها عليه ثم ذكر في فصل الاكراه على الكفر انه اذا امتنع من ذلك حتى قتل لم يكن آثما وقد بينا انه مأجور فيه كما جاء في الاثر ان المجبر في نفسه في ظل العرش يوم القيامة ان أبى الكفر حتى قتل وحديث خبيب رضى الله عنه فيه معروف وأشار الى الاصل الذي بينا ان اجراء كلمة الشرك في هذه الحالة رخصة له والامتناع هو العزيمة فان ترخص بالرخصة وسعه وان تمسك بالعزيمة كان أفضل له لان في تمسكه بالعزيمة اعزاز الدين وغيظ المشركين فيكون أفضل وعلى هذا اذا قيل له لئن صليت لاقتلنك نخاف ذهاب الوقت فقام وصلى وهو يعلم أنه يسعه تركه فلما صلى قتل لم يكن آثما في ذلك لانه تمسك بالعزيمة أيضا وكذلك صوم رمضان لو قيل له وهو مقيم لئن لم تفطر

لنقتلنك فأبى أن يفطر حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا لانه متمسك بالعزيمة وفيما فعله اظهار الصلابة فى الدين وان أفطر وسعه ذلك لان الفطر رخصة له عند الضرورة الا أن يكون مريضا يخاف على نفسه ان لم يأكل ولم يشرب حتى مات وهو يعلم أن ذلك يسعه فحينئذ يكون آثما وكذلك لو كان مسافرا فصام فى شهر رمضان فقيل له لنقتلنك أو لتفطرن فأبى أن يفطر حتى قتل كان آثما لان الله تعالى أباح له الفطر فى هذين الوجهين ممتدا بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فعند خوف الهلاك شهر رمضان فى حقهما أيامه كلياليه وكايام شعبان فى حق غيرهما فيكون فى الامتناع حتى يموت بمنزلة المضطر فى فصل الميتة بخلاف الصحيح المقيم فالامر بالصوم فى حقه عزيمة قال الله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه والفطر عند الضرورة رخصة فان ترخص بالرخصة فهو فى سعة من ذلك وان تمسك بالعزيمة فهو أفضل له وهذا كله بناء على مذهبنا انه يصير مفطرا بالتناول مكرها وعند الشافعى رحمه الله لا يصير مفطرا وقد بينا هذا فى الصوم فان الخاطى والمكره عنده فى الحكم سواء وقال المكره مسلوب الفعل (ألا ترى) ان الاتلاف الحاصل بفعله يصير منسوبا الى المكره ولكنا نقول المكره انما يجعل آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو فى الجناية على صوم نفسه لا يصلح أن يكون آلة للغير فيقتصر حكم فعله فى حق الافطار عليه (ألا ترى) أن المكره لو كان صائما لم يصر مفطرا بهذا فلو جعلنا الفعل عدما فى حكم المكره فى حق الصوم رجع الى الاهدار وليس للاكراه تأثير فى الاهدار ولا فى تبديل محل الجناية وبه فارق حكم الضمان لانا لو جعلنا الفعل منسوبا الى المكره لا يؤدى الى الاهدار ولا الى تبديل محل الجناية ولو قال له لاقتلنك أو لتأخذن مال هذا الرجل فتعطيه فأبى أن يفعل ذلك حتى قتل وهو يعلم أن ذلك يسعه كان مأجورا ان شاء الله لان الاخذ عند الضرورة مباح له بطريق الرخصة وقيام الحرمة والتقوى حقا للمالك يوجب أن تكون العزيمة فى ترك الاخذ فان تمسك بالعزيمة كان مأجورا وقيده بالاستثناء لانه لم يجعل هذا بينه نصا بينه وانما قاله بالقياس على ما تقدم وليس هذا فى معنى ما تقدم من كل وجه لان الامتناع من الاخذ هنا لا يرجع الى اعزاز الدين فلهذا قيده بالاستثناء ولو أن محرما قيل له لنقتلنك أو لتقتلن هذا الصيد فأبى أن يفعل حتى قتل كان مأجورا ان شاء الله لان حرمة قتل الصيد على المحرم حرمة مطلقة قال الله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم فكان الامتناع عزيمة واباحة قتل الصيد رخصة

عندالضرورة فان ترخص بالرخصة كن فى سعة من ذلك وان تمسك بالعزيمة فهو أفضل له وان قتل الصيد فلا شئ عليه فى القياس ولا على الذي أمره وفى الاستحسان على القاتل الكفارة أما الآمر فلا شئ عليه لانه حلال لو باشر قتل الصيد بيده لم يلزمه شئ * وكذلك اذا أكره عليه غيره وأما المحرم ففى القياس لا شئ عليه لانه صار آلة للمكره بالالجاء التام فينعدم الفعل فى جانبه (ألا ترى) أن فى قتل المسلم لا يكون هو ضامنا شيأ لهذا المعنى وان كان لا يسعه الاقدام على القتل ففي قتل الصيد أولى ووجه الاستحسان أن قتل الصيد منه جناية على احرامه وهو بالجناية على احرام نفسه لا يصلح أن يكون آلة لغيره فاما قتل المسلم فجناية على المحل وهو يصلح أن يكون آله للمكره فى ذلك حتى ان فى حق الاثم لما كان ذلك جناية على حق دينه وهو لا يصلح آلة لغيره فى ذلك اقتصر الفعل عليه في حق الاثم * توضيحه انه لما لم يجب على الآمر هنا شئ فلو لم نوجب الكفارة على القاتل كان تأثير الاكراه فى الاهدار وقد بينا انه لا تأثير للاكراه فى الاهدار ولا فى تبديل محل الجناية وان كانا محرمين جميعا فعلى كل واحد منهما كفارة أما على المكره فلانه لو باشر قتل الصيد بيده لزمته الكفارة فكذلك اذا باشر بالاكراه وأما المكره فلانه فى الجناية على احرام نفسه لا يصلح آلة لغيره * يوضحه انه لا حاجة هنا الى نسبة أصل الفعل الى المكره فى ايجاب الكفارة عليه فكفارة الصيد تجب على المحرم بالدلالة والاشارة وان لم يصر أصل الفعل منسوبا اليه فكذلك هنا وبه فارق كفارة القتل اذا كان خطأ أو شبه عمد فانه يكون على المكره دون المكره بمنزلة ضمان الدية والقصاص لان تلك الكفارة لا تجب الا بمباشرة القتل ومن ضرورة نسبة المباشرة الى المكره أن لا يبقى فعل فى جانب المكره وهنا وجوب الكفارة لا يعتمد مباشرة القتل فيجوز ايجابه على المكره بالمباشرة وعلى المكره بالتسبيب ولان السبب هنا الجناية على الاحرام وكل واحد منهما جان على احرام نفسه فأما هنالك فالسبب هو الجناية على المحل والمحل واحد فاذا أوجبنا الكفارة باعتبارها على المكره قلنا لا يجب على المكره ولو توعده بالحبس وهما محرمان ففى القياس تجب الكفارة على القاتل دون الآمر لان قتل الصيد فعل ولا أثر للاكراه بالحبس فى الافعال وفى الاستحسان على كل واحد منهما الجزاء أما على القاتل فلا يشكل وأما على المكره فلان تأثير الاكراه بالحبس أكثر من تأثير الدلالة والاشارة واذا كان الجزاء يجب على المحرم بالدلالة

والاشارة فبالاكراه بالحبس أولى ولو كانا حلالين فى الحرم وقد توعده بقتل كانت الكفارة على المكره لان جزاء الصيد فى حكم ضمان المال ولهذا لا يتأدى بالصوم فلا تجب بالدلالة ولا تتعدد بتعدد الفاعلين وهذا لان وجوبها باعتبار حرمة المحل فيكون بمنزلة ضمان المال وذلك على المكره دون المكره عند التهديد بالقتل وان توعده بالحبس كانت الكفارة على القاتل خاصة بمنزلة ضمان المال وبمنزلة الكفارة فى قتل الآدمى خطأ ولو أن رجلا وجب عليه أمر بمعروف أو نهى عن منكر فخاف ان فعل أن يقتل وسعه أن لا يفعل وان فعل فقتل كان مأجورا لان الامر بالمعروف والنهى عن المنكر فرض مطلقا قال الله تعالى وأمر بالمعروف وانه عن المنكر واصبر على ما أصابك الآية والترك عند خوف الهلاك رخصة قال الله تعالى الا أن تتقوا منهم تقاة فان ترخص بالرخصة كان فى سعة وان تمسك بالعزيمة كان مأجورا وذكر فى السير الكبير أن المسلم اذا أراد أن يحمل على جمع من المشركين وهو يعلم أنه لا ينكى فيهم وانه يقتل لم يسعه ذلك لانه يكون ملقيا نفسه فى التهلكة من غير فائدة ولو أراد أن ينهى قوما من فسقة المسلمين عن منكر اجتمعوا عليه وهو يعلم أنهم لا يمتنعون بسببه وانهم يقتلونه فانه يسعه الاقدام على ذلك لان هؤلاء يعتقدون الاسلام فزجره اياهم يؤثر فيهم اعتقادا لا محالة وأولئك غير معتقدين فالشرط أن ينكى فعله فيهم حسا فاذا علم أنه لا يتمكن من ذلك لا يسعه الاقدام ولو أكره بالقتل على أن يزنى لم يسعه أن يفعل فان فعل وكان محرما فسد احرامه وعليه الكفارة دون الذى أكرهه لما بينا أن فعله جناية على احرامه وهو فى الجناية على احرامه لا يصلح أن يكون آلة لغيره ولو أكرهت امرأة محرمة بالقتل على الزنا وسعها أن تمكن من نفسها وقد بينا الفرق بين جانبها وجانب الرجل فى حكم الاثم فأما فساد الاحرام فلا فرق حتى يفسد احرامها ويجب عليها الكفارة دون المكره لان تمكنها من نفسها جناية على احرامها وهى لا تصلح فى ذلك آلة للمكره وان لم تفعل حتى تقتل فهى فى سعة من ذلك لان حرمة الزنا والجماع فى حالة الاحرام حرمة مطلقة فهى فى الامتناع تمسك بالعزيمة وفى كل موضع من هذه المواضع أوجبنا الكفارة على المكره لا يرجع به على المكره لانه ألزمه كفارة يفى بها ولو رجع بها عليه يقضى بها عليه ولا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما التزمه وكل أمر أحله الله تعالى مثل ما أحل فى الضرورة من الميتة وغيرها والفطر فى المرض والسفر فلم يفعل حتى مات أو قتل فهو آثم وكل أمر حرمه الله تعالى ولم

يجئ فيه احلال الا أن فيه رخصة فأبى أن يأخذ بالرخصة حتى قتل فهو فى سعة لان هذا اغرار بالدين وليس فى الاول اغرار بالدين (ألا ترى) أن محرما لو اضطر الى ميتة والى ذبح صيد حل له عندنا أكل الميتة ولم يحل له ذبح الصيد ما دام يجد الميتة لان الميتة حلال فى حال الضرورة والصيد جاء تحريمه على المحرم جملة ولانه لو ذبح الصيد صار ميتة أيضا فيصير هو جامعا بين ذبح الصيد وتناول الميتة واذا تناول الميتة كان ممتنعا من الجناية على احرامه بقتل الصيد والحل لاجل الضرورة فان كانت الضرورة ترتفع باحدهما لم يكن له أن يجمع بينهما ولو قيل لرجل دلنا على مالك أو لنقتلنك فلم يفعل حتى قتل لم يكن آثما لانه قصد الدفع عن ماله وذلك عزيمة قال عليه الصلاة والسلام من قتل دون ماله فهو شهيد ولان فى دلالته اياهم عليه اعانة لهم على معصية الله تعالى وقد قال الله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان فلهذا يسعه أن لا يدلهم وان دلهم حتى أخذوه ضمنوا له لان بدلالته لا يخرجون من أن يكونوا عاصيين للمال متلفين فعليهم الضمان والله أعلم بالصواب

باب اللعان الذى يقضى به القاضي ثم يتبين أنه باطل

(قال رحمه الله) واذا ادعت امرأة على زوجها قذفا وجحده الرجل فأقامت عليه البينة بذلك وزكوا فى السر والعلانية وأمر القاضي الزوج أن يلاعنها فأبى أن يفعل وقال لم أقذفها وقد شهدوا على بالزور فان القاضي يجبره على اللعان ويحبسه حتى يلاعن لانه ممتنع من ايفاء ما هو مستحق عليه فيحبسه لاجله ولا يضربه الحد وقد بينا هذا فى الطلاق فان حبسه حتى يلاعن أو هدده بالحبس حتى يلاعن وقال أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا قاله أربع مرات ثم قال ولعنة الله عليّ ان كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا والتعنت المرأة أيضا وفرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود عبيد أو محدودون فى قذف أو بطلت شهادتهم بوجه من الوجوه فان القاضي يبطل اللعان الذى كان بينهما ويبطل الفرقة ويردها اليه لانه تبين أنه قضى بغير حجة والقضاء بغير حجة باطل مردود ولا يقال فقد أقر بالقذف بالزنا فى شهادات اللعان لان ذلك كان باكراه من القاضي اياه على ذلك والاكراه بالحبس يمنع صحة الاقرار (ألا ترى) انه لو هدده بالحبس على أن يقر بانه قذف هذا الرجل فاقر بذلك لم يلزمه بهذا الاقرار شئ فكذلك هنا فان قيل ذلك اكراه بالباطل وهذا اكراه بحق

قلنا هذا اكراه بحق ظاهرا فأما اذا تبين أن الشهود عبيد فقد ظهر أن الاكراه كان بالباطل حقيقة ولو كان القاضي لم يحبسه حتى يلاعن ولم يهدده بحبس ولكنه قال قد شهدوا عليك بالقذف وقضيت عليك باللعان فالتعن ولم يزده على هذا فالتعن الرجل كما لو وصفت لك والتعنت المرأة وفرق القاضي بينهما ثم ظهر أن الشهود كانوا عبيدا فأبطل شهادتهم فانه يمضي اللعان بين الزوج والمرأة وتمضي الفرقة ويجعلها بائنا من زوجها لان القاضي لما لم يهدده بحبس ولا غيره حتى قال أشهدكم بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا كان هذا اقرارا منه بانه قذفها بغير اكراه فيلزمه ما أقر به من ذلك ويصير كانه أقر بقذفه اياها بعد ما جحد ثم التعن ثلاث مرات وفرق القاضي بينهما فيكون ذلك تفريقا صحيحا باعتبار حجة شرعية (ألا ترى) انه لو قال له القاضي قد شهدوا عليك انك قذفت هذا الرجل بالزنا وقد قضيت عليك بالحد فقال المقضي عليه أجل قد قذفته بالزنا ثم علم أن شهادة الشهود باطلة ضرب الحد لاقراره على نفسه بالقذف ولو قال قد شهد عليك الشهود بالقذف فلتقرن بذلك أو لاحبسنك ثم علم أن شهادة الشهود باطلة لم يكن عليه حد باقراره انه قذفه لانه كان مكرها على ذلك فكذلك ما وصفنا من حكم التفريق بسبب اللعان ولو لم يظهر ان الشهود عبيد ولكنهما يعلمان انهم شهدوا عليهما بزور فالتعنا وفرق القاضي بينهما كان قضاؤه نافذا ظاهرا وباطنا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول رحمهما الله وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد رحمهما الله لا ينفذ قضاؤه باطنا وقد بينا هذا في كتاب الرجوع عن الشهادات والله أعلم بالصواب

كتاب الحجر

(قال الشيخ الامام الاجل الزاهد شمس الائمة وفخر الاسلام أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي رحمه الله املاء) إعلم بان الله تعالى خالق الورى وفاوت بينهم في الحجى فجعل بعضهم أولي الرأي والنهى ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردي فيما يرجع الى معاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعتوه الذي هو ناقص العقل فأثبت الحجر عليهما عن التصرفات نظرا من الشرع لهما واعتبارا بالحجر الثابت على الصغير في حال الطفولية بسبب عدم العقل بعد ما صار مميزا بسبب نقصان العقل وذلك منصوص عليه في الكتاب فيثبت الحجر في حق المعتوه والمجنون استدلالا بالنصوص

بطريق التشبيه لان حالها دون حال الصبي فالصبي عديم العقل الى الاصابة عادة والمجنون عديم العقل الى الاصابة عادة ولهذا جاز اعتاق الصبي فى الرقاب الواجبة دون المجنون فأما اذا بلغ عاقلا فلا حجر عليه بعد ذلك على ماقال أبو حنيفة رحمه الله الحجر على الحر باطل ومراده اذا بلغ عاقلا وحكى عنه أنه كان يقول لايجوز الحجر الا على ثلاثة على المفتى الماجن وعلى المتطبب الجاهل وعلى المكارى المفلس لما فيه من الضرر الفاحش اذا لم يحجر عليهم فالمفتى الماجن يفسد على الناس دينهم والمتطبب الجاهل يفسد أبدانهم والمكارى المفلس يتلف أموالهم فيمتنعون من ذلك دفعا للضرر فان الحجر فى اللغة هو المنع والاختلاف بين العلماء رحمهم الله ورأى هذا فى فصلين أحدهما الحجر على السفيه المبذر والآخر الحجر على المديون بسبب الدين والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع وهو اتباع الهوى وترك مايدل عليه العقل والحجى وأصل المسامحة فى التصرفات والبر والاحسان مندوب اليه شرعا ولكن بطريق السفه والتبذير مذموم شرعا وعرفا ولهذا لاتنعدم الاهلية بسبب السفه ولا يجعل السفه عذرا فى اسقاط الخطاب عنه بشيء من الشرائع ولا فى اهدار عبارته فيما يقربه على نفسه من الاسباب الموجبة للعقوبة وقال أبو حنيفة رحمه الله لايجوز الحجر عليه عن التصرفات بسبب السفه أيضا وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله يجوز الحجر عليه بهذا السبب عن التصرفات المحتملة للفسخ الا أن أبا يوسف ومحمدا رحمهما الله قالا ان الحجر عليه على سبيل النظر له وقال الشافعى على سبيل الزجر والعقوبة له ويتبين هذا الخلاف بينهم فيما اذا كان مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعند الشافعى رحمه الله يحجر عليه بهذا النوع من الفساد بطريق الزجر والعقوبة ولهذا لم يجعل الفاسق أهلا للولاية وعندهما لايحجر عليه فالفاسق عند أصحابنا جميعا رحمهم الله أهل للولاية على نفسه على العموم وعلى غيره اذا وجد شرط تعدى ولايته لغيره أما من جوز الحجر على السفيه فقد احتج بقوله تعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهو تنصيص على أن اثبات الولاية على السفيه وانه مولى عليه ولا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وقال الله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم الى أن قال‌وا كسوهم وهذا أيضا تنصيص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر له فان الولى الذى يباشر التصرف فى ماله على وجه النظر منه له وروى ان حبان بن منقذ الانصارى رضى الله عنه كان يغبن فى البياعات لآمة أصابت رأسه فسأل أهله رسول الله

صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فقال انى لا أصبر عن البيع فقال عليه الصلاة والسلام اذا بايعت فقل لاخلابة ولى الخيار ثلاثة أيام فلو لم يكن الحجر بسبب التبذير فى المال مشروعا عرفنا لما سأل أهله ذلك ولما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم وان عبد الله بن جعفر رضى الله عنه كان يفنى ماله فى اتخاذ الضيافات حتى اشترى دارا للضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك على ابن أبى طالب رضى الله عنه فقال لآتين عثمان ولاسألنه أن يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله رضى الله عنه وجاء الى الزبير رضى الله عنه وأخبره بذلك فقال اشركنى فيها فأشركه ثم جاء علي الى عثمان رضى الله عنه وسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير رضي الله عنه كان معروفا بالكياسة فى التجارة فاستدل برغبته فى الشركة على أنه لاغبن فى تصرفه فهذا اتفاق منهم علي جواز الحجر بسبب التبذير فان عليا رضى الله عنه سأل وعثمان رضى الله عنه اشتغل ببيان العذر واهتم لذلك عبد الله رضى الله عنه واحتال الزبير لدفع الحجر عنه بالشركة فيكون اتفاقا منهم على جواز الحجر بهذا السبب وان عائشة رضى الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روى انها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها لتتصدق بالثمن فبلغ ذلك عبدالله بن الزبير فقال لتنتهين عائشة عن بيع رباعها أو لاحجرن عليها والمعنى فيه أنه مبذر فى ماله فيكون محجورا عليه كالصبي بل أولى لان الصبي انما يكون محجورا عليه لتوهم التبذير منه وقد تحقق التبذير والاسراف هنا فلان يكون محجورا عليه أولى وتحقيقه وهو أن للصبي ثلاثة أحوال حال عدم العقل وحال نقصان العقل بعد ما صار مميزا وحال السفه والتبذير بعد ما كمل عقله بان قارب أوان بلوغه ثم عدم العقل ونقصانه بعد البلوغ يساوى عدم العقل ونقصانه قبل البلوغ فى استحقاق الحجر به فكذلك السفه والبلوغ يساوى السفه قبل البلوغ بعد كمال العقل فى استحقاق الحجر به وكان هذا الحجر بطريق النظر له لان التبذير وان كان مذموما فهو مستحق النظر باعتبار أصل دينه (ألا ترى) ان العفو عن صاحب الكبيرة حسن فى الدنيا والآخرة وذلك يكون نظرا له والدليل عليه أن فى حق منع المال يجعل السفه بعد البلوغ كالسفه قبل البلوغ بالقياس على عدم العقل ونقصان العقل وكان منع المال بطريق النظر له فكذلك الحجر عليه عن التصرف لان منع المال غير مقصود لعينه بل لابقاء ملكه ولا يحصل هذا المقصود مالم يقطع لسانه عن ماله تصرفا فاذا كان هو مطلق التصرف لايفيد منع المال شيأ وانما يكون فيه زيادة مؤنة وتكلف على الولى فى حفظ ماله

الى أن يتلفه بتصرفه وأما أبو حنيفة رحمه الله فاستدل بقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا ان يكبروا فقد نهى الولي عن الاسراف فى ماله مخافة أن يكبر فلا يبقى له عليه ولاية والتنصيص على زوال ولايته عنه بعد الكبر يكون تنصيصا على زوال الحجر عنه بالكبر لان الولاية عليه للحاجة وانما تنعدم الحاجة اذا صار هو مطلق التصرف بنفسه ولما سئل أبو حنيفة رحمه الله عن هذه المسئلة استدل بآيات الكفارات من الظهار والقتل وغيرها فى هذه العمومات بيان أن هذه الكفارات تجب على كل من يتحقق منه أسبابها شرعا سفيها كان أو غير سفيه وارتكاب هذه الاسباب اختيارا نوع من السفه فدل انه مع السفه يتصور منه السبب الموجب لاستحقاق المال ومن ضرورته أن لا يمنع من أداء مالزمه شرعا وبه يتبين ان الحجر عن التصرفات ليس فيه كثير فائدة لتمكنه من اتلاف جميع ماله بهذه الاسباب والمعنى فيه أنه حر مخاطب فيكون مطلق التصرف فى ماله كالرشيد وفى هذين الوصفين إشارة الى أهلية التصرف والمحلية فيه لان بكونه مخاطبا تثبت أهلية التصرف فان التصرف كلام ملزم وأهلية الكلام بكونه مميزا والكلام المميز بنفسه بكونه مخاطبا والمحلية تثبت بكونه خالص ملكه وذلك يثبت باعتبار حرية المالك وبعد ماصدر التصرف من أهله فى محله لايمتنع نفوذه الا لمانع والسفه لا يصلح أن يكون معارضا للحرية والخطاب فى المنع من نفوذ التصرف لان بسبب السفه لايظهر نقصان عقله ولكن السفيه يكابر عقله ويتابع هواه وهذا لا يكون معارضا فى حق التصرف كما لايكون معارضا فى توجه الخطاب عليه بحقوق الشرع وكونه معاقبا على تركه اذ زوال الحجر وتوجه الخطاب فى الاصل ينبنى على اعتدال الحال الا أن اعتدال الحال باطنا لا يمكن الوقوف على حقيقته فأقام الشرع السبب الظاهر الدال عليه وهو البلوغ عن عقل مقامه تيسيرا على ما هو الاصل انه متى تعذر الوقوف على المعانى الباطنة تقام الاسباب الظاهرة مقامها كما أقيم السير المديد مقام المشقة فى جواز الترخص وأقيم حدوث ملك الحل بسبب ملك الرقبة مقام حقيقة استعمال الرحم بالماء فى وجوب الاستبراء ثم هذا السبب الظاهر يقوم مقام ذلك المعنى الخفى فيدور الحكم معه وجودا وعدما فكما لا يعتبر الرشد قبل البلوغ وان علم انه أصاب ذلك فى زوال الحجر عنه فكذلك لا يعتبر السفه والتبذير بعد البلوغ فى اثبات الحجر عليه (ألا ترى) أن فى حكم الخطاب اعتبر هذا المعنى فدار مع السبب الظاهر وهو البلوغ عن عقل وجودا وعدما فكذلك فى حكم التصرفات بل أولى لان توجه الخطاب عليه

انما يكون شرعا والله تعالى أعلم بحقيقة باطنه وحكم التصرف بينه وبين العباد لا طريق لهم الى معرفة ما فى باطنه حقيقة فلما أقيم هناك السبب الظاهر مقام المعنى الخفى فهنا أولى والدليل عليه جواز اقراره على نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة واقامة ذلك عليه وتلك العقوبات تندرئ بالشبهات ولو بقى السفه معتبرا بعد البلوغ عن عقل لكان الاولى ان يعتبر ذلك فيما يندرئ بالشبهات ولو جاز الحجر عليه بطريق النظر له لكان الاولى أن يحجر عليه عن الاقرار بالاسباب الموجبة للعقوبة لان الضرر في هذا أكثر فان الضرر هنا يلحقه فى نفسه والمال تابع للنفس فاذا لم ينظر له فى دفع الضرر عن نفسه فمن ماله أولى وما قالا من أن النظر له باعتبار أصل دينه يضعف بهذا الفصل ثم هذا النوع من النظر جائز لا واجب كما فى العفو عن صاحب الكبيرة ومن أصلهم أن الحجر عليه يجب وانما يجوز النظر له بطريق لا يؤدى الى الحاق الضرر به وهو أعظم من ذلك النظر وفى اهدار قوله فى التصرفات الحاق له بالبهائم والمجانين فيكون الضرر فى هذا أعظم من النظر الذى يكون له فى الحجر من التصرفات لان الآدمى انما باين سائر الحيوانات باعتبار قوله فى التصرفات فاما منع المال منه فعلى طريق بعض مشايخنا رحمهم الله هو ثابت بطريق العقوبة عليه ليكون زجرا له عن التبذير والعقوبات مشروعة بالاسباب الحسية فاما اهدار القول فى التصرفات فمعنى حكمى والعقوبات بهذا الطريق غير مشروعة كالحدود ولا يدخل عليه اسقاط شهادة القاذف فانه متمم لحده عندنا ويكون تابعا لما هو حسى وهو اقامة الجلد لا مقصودا بنفسه ولئن ثبت جواز ذلك ولكن لا يمكن اثبات العقوبة بالقياس بل بالنص وقد ورد النص بمنع المال الى أن يؤنس منه الرشد ولا نص فى الحجر عليه عن التصرف بطريق العقوبة فلا يثبته بالقياس وهو نظير ما قال أصحابنا رحمهم الله أن البكر اذا كانت مخوفا عليها فللولى أن يضمها الى نفسه وكذلك الغلام البالغ اذا كان مخوفا عليه فللولى أن يضمه الى نفسه وبان ثبت له حق الحيلولة بينه وبين نفسه فى التفرد بالسكنى لمعنى الزجر لا يستدل به على أنه يسقط اعتبار قوله فى التصرف فى نفسه نكاحا أو منع المال منه باعتبار بقاء أثر الصبى لان العادة ان أثر الصبي يبقى زمانا فى أوائل البلوغ ولهذا لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال منه وبان جعل أثر الصبي كنفس الصبا فى منع المال منه فذلك لا يدل على أن يجعل كذلك فى الحجر عليه كما أن العدة تعمل عمل النكاح فى المنع من النكاح دون ابقاء الحل بعد البينونة وهذا لان نعمة اليد على المال نعمة

زائدة وأطلاق اللسان فى التصرفات نعمة أصلية فبان جواز الحاق ضرر يسير به فى منع نعمة زائدة لتوفر النظر عليه لا يستدل على انه يجوز الحاق الضرر العظيم به بتفويت النعمة الاصلية لمنى النظر له فاما الآيات فقيل المراد بالسفيه الصغير أو المجنون لان السفه عبارة عن الخفة وذلك بانعدام العقل ونقصانه وعليه يحمل قوله تعالى فان كان الذى عليه الحق سفيها أو ضعيفا أى صبيا أو مجنونا وكذلك قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم اما أن يكون المراد الصبيان أو المجانين بدليل انه لايثبت ولاية الولى عليه ومن يوجب الحجر على السفيه يقول ان ولاية الولى تزول عنه بالبلوغ عن عقل على ما بينه أو المراد نهى الازواج عن دفع المال الى النساء وجعل التصرف اليهن كما كانت العرب تفعله (ألا ترى) انه قال وأموالكم وذلك يتناول أموال المخاطبين بهذا النهى لاأموال السفهاء وحديث حبان بن منقذ دليلنا ذكر أبو يوسف رحمه الله فى الامالي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يحجر عليه وعلى الرواية الاخرى أطلق عنه الحجر لقوله لاأصبر عن البيع ومن يجعل السفه موجبا للحجر لايقول يطلق عنه الحجر بهذا القول فعرفنا أن ذلك لم يكن حجرا لازما وحديث عبد الله بن جعفر رضى الله عنه دليلنا أيضا لان عثمان رضى الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال على رضى الله عنه وأكثر ما فيه انه لم يكن فى التصرف غبن ذلك حين رغب الزبير رضي الله عنه فى الشركة ولكن المبذر وان تصرف تصرفا واحدا على وجه لاغبن فيه فانه يحجر عليه عند من يرى الحجر فلما لم يحجر عليه دل ان ذلك على سبيل التخويف وحديث عائشة رضى الله عنها دليلنا فانه لما بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا يكلم ابن الزبير أبدا فان كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا يتبين أن الزبير انما قال ذلك كراهة أن يفنى مالها فتبتلي بالفقر فتصير عيالا على غيرها بعد ماكان يمولها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمصير الى هذا أولى ليكون أبعد عن نسبة السفه والتبذير الى الصحابة رضى الله عنهم فان بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس منه الرشد دفع المال اليه فى قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لم يدفع المال اليه مالم يؤنس منه الرشد لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم فهذه آية محكمة لم ينسخها شيء فلا يجوز دفع المال اليه قبل ايناس الرشد منه (ألا ترى) أن عند البلوغ اذا لم يؤنس منه الرشد لايدفع المال اليه بهذه الآية فكذلك اذا بلغ خمسا وعشرين لان السفه يستحكم بمطاولة المدة ولان

السفه فى حكم منع المال منه بمنزلة الجنون والعته وذلك يمنع دفع المال اليه بعد خمس وعشرين سنة كما قبله فكذلك السفه وأبو حنيفة استدل بقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا معناه ان يكبروا يلزمكم دفع المال اليهم وقال الله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم والمراد البالغين فهذا تنصيص على وجوب دفع المال اليه بعد البلوغ الا انه قام الدليل على منع المال منه بعد البلوغ اذا لم يؤنس رشده وهو ماتلوا فان الله تعالى قال حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا وحرف الفاء للوصل والتعقيب فيكون بين ان دفع المال اليه عقيب البلوغ بشرط ايناس الرشد وما يقرب من البلوغ فى معنى حالة البلوغ فأما اذا بعد عن ذلك فوجوب دفع المال اليه مطلق بما تلونا غير معلق بشرط ومدة البلوغ بالسن ثمانية عشر سنة فقدرنا مدة القرب منه بسبع سنين اعتبارا بمدة التمييز فى الابتداء على ما أشار اليه النبي صلى الله عليه وسلم فى قوله مروهم بالصلاة اذا بلغوا سبعا ثم قد بينا ان أثر الصبا يبقى بعد البلوغ الى أن يمضى عليه زمان وبقاء أثر الصبا كبقاء عينه فى منع المال منه ولا يبقى أثر الصبا بعد ما بلغ خمسا وعشرين سنة لتطاول الزمان به منذ بلغ ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لم يمنع منه المال لان هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر فى منع المال منه أو منع المال كان على سبيل التأديب له والاشتغال بالتأديب مالم ينقطع رجاء التأديب فاذا بلغ خمسا وعشرين سنة ولم يؤنس رشده فقد انقطع رجاء التأديب لانه يتوهم أن يصير جدا لان البلوغ بالانزال بعد اثنتى عشرة سنة يتحقق فاذا أحبل جاريته وولدت لستة أشهر ثم ان ولده أحبل جاريته بعد اثنى عشر سنة وولدت لستة أشهر صار الاول جدا بعد تمام خمس وعشرين سنة ومن صار فرعه أصلا فقد تناهى فى الاصلية فاذا لم يؤنس رشده عرفنا أنه انقطع منه رجاء التأديب فلا معنى لمنع المال منه بعد ذلك والى هذا أشار فى الكتاب فقال أرأيت لو بلغ ستين سنة ولم يؤنس منه الرشد وصار ولده قاضيا أو نافلته أكان يحجر على أبيه وجده ويمتنع المال منه هذا قبيح ثم يقول بعد تطاول الزمان به لابد أن يستفيد رشدا اما بطريق التجربة أو الامتحان فان كان منع المال عنه بطريق العقوبة فقد تمكنت شبهة باصابة نوع من الرشد والعقوبة تسقط بالشبهة وان كان هذا حكما ثابتا بالنص غير معقول المعنى فقوله رشدا منكر فى موضع الاثبات والنكرة فى موضع الاثبات تخص ولا تعم فاذا وجد رشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال اليه وهذا معنى مانقل عن مجاهد رحمه الله فى معنى قوله فان آنستم منهم رشدا

أى عقلا لانه بالعقل يحصل له رشد ما وفى الكتاب تتبع على أبى حنيفة رحمه الله بقوله أى فائدة فى منع المال منه مع اطلاق التصرف وفى منع المال منه زمانا ثم الدفع اليه قبل ايناس الرشد منه وقد أوضحنا الفرق لابى حنيفة رحمه الله بما ذكرنا ثم السفيه انما يبذر ماله عادة فى التصرفات التى لا تتم الا باثبات اليد على المال من اتخاذ الضيافة أو الهبة أو الصدقة فاذا كانت يده مقصورة عن المال لا يتمكن من تنفيذ هذه التصرفات فيحصل المقصود بمنع المال منه وان كان لا يحجر عليه ثم اذا بلغ سفيها عند محمد رحمه الله يكون محجورا عليه بدون حجر القاضى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يصير محجورا عليه مالم يحجر عليه القاضى وكذلك لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها فمحمد يقول قد قامت الدلالة لنا على أن السفه فى ثبوت الحجر به نظير الجنون والعته والحجر يثبت بهما من غير حاجة الى قضاء القاضى فكذلك فى السفه وقاس الحجر بسبب الصغر والرق وأبو يوسف يقول الحجر على السفيه لمعنى النظر له وهو متردد بين النظر والضرر ففى ابقاء الملك له نظر وفى اهدار قوله ضرر وبمثل هذا لا يترجح أحد الجانبين منه الا بقضاء القاضى ه توضيحه ان السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بان يغبن فى التصرفات وقد يكون ذلك للسفه وقد تكون حيلة لاستجلاب قلوب المجاهرين فاذا كان محتملا مترددا لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الصغر والجنون والعبد ولان الحجر بهذا السبب مختلف فيه بين العلماء رحمهم الله فلا يثبت الا بقضاء القاضى كالحجر بسبب الدين والكلام فى الحجر بسبب الدين فى موضعين أحدهما أن من ركبته الديون اذا خيف أن يلجئ ماله بطريق الاقرار فطلب الغرماء من القاضى أن يحجر عليه عند أبى حنيفة رحمه الله لا يحجر عليه القاضى وعندهما يحجر عليه وبعد الحجر لا ينفذ تصرفه فى المال الذى كان فى يده عند الحجر وتنفذ تصرفاته فيما يكتسب من المال بعده وفى هذا الحجر نظر للمسلمين فاذا جاز عندهما الحجر عليه بطريق النظر فكذلك يحجر لاجل النظر للمسلمين وعند أبى حنيفة لا يحجر على المديون نظرا له فكذلك لا يحجر عليه نظرا للغرماء ولما فى الحيلولة بينه وبين التصرف فى ماله من الضرر عليه وانما يجوز النظر لغرمائه بطريق لا يكون فيه الحاق الضرر به الا بقدر ماورد الشرع به وهو الحبس فى الدين لاجل ظلمه الذى تحقق بالامتناع من قضاء الدين مع تمكنه منه وخوف التلجئة ظلم موهوم منه فلا يجعل كالمتحقق ثم الضرر عليه فى اهدار قوله فوق الضرر فى حبسه ولا يستدل بثبوت الادنى على ثبوت الاعلى كما فى منع المال من السفيه مع الحجر عليه ثم

هذا الحجر عندهما لايثبت الا بقضاء القاضي ومحمد رحمه الله يفرق بين هـذا وبين الاول فيقول هنا الحجر لاجل النظر للغرماء فيتوقف على طلبهم وذلك لايتم الا بقضاء القاضي له والحجر على السفيه لاجل النظر له وهو غير موقوف على طلب أحد فيثبت حكمه بدون القضاء والفصـل الثاني انه لايباع على المـديون ماله في قول أبي حنيفة رحمه الله العروض والعقار في ذلك سـواء لامبادلة أحد النقدين بالآخر فللقاضي أن يفعل ذلك استحسانا لقضاء دينه وقال أبو يوسف ومحمد يبيع عليه ماله فيقضي دينه بثمنه لحديث معاذ رضي الله عنه فانه ركبته الديون فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص وقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه في خطبته أيها الناس اياكم والدين فان أوله هم وآخره حزن وان اسيفع جهينة قد رضي من دينه وأمانته ان يقال سبق الحاج فادان معرضا فأصبح وقد دين به ألا اني بائع عليه ماله فقاسم ثمنه بين غرمائه بالحصص فمن كان له عليه دين فليفد ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فكان هذا اتفاقا منهم على انه يباع على المديون ماله والمعنى فيـه أن بيع المال لقضاء الدين من ثمنه مستحق عليه بدليل انه يحبس اذا امتنع منه وهو مايجزي فيه النيابة والاصل ان امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه وهو مما يجزي فيه النيابة ناب القاضي فيه منابه كالذي اذا أسلم عبده فأبى أن يبيعه باعه القاضي عليه بهذا والتعيين بعد مضي المدة اذا أبى أن يفارقها ناب القـاضي منابه في التفريق بينهما وهـذا بخلاف المديون اذا كان معسرا فان القاضي لايؤاجره ليقضي دينه من أجرته وكذلك لا يبيع ما عليـه من ثياب بدنه لان ذلك غير مستحق عليه بدليل انه لا يحبسه لاجله وكذلك الدين اذا وجب على امرأة فان القاضي لا يزوجها ليقضي الدين من صداقها لان ذلك غير مستحق عليها بدليل انها لاتحبس لتباشر ذلك بنفسها فلا ينوب القاضي فيـه منابها وأبو حنيفة رحمه الله اسـتدل بقوله تعالى لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم وبيع المال على المديون بغير رضاه ليس بتجارة عن تراض وقال عليـه الصلاة والسلام لايحل مال امرئ مسلم الا بطيبة نفس منه ونفسه لاتطيب ببيع القاضي ماله عليه فلا ينبغي له أن يفعله لهذا الظاهر والمعنى فيه ان بيع المال غير مستحق عليه فلا يكون للقاضي أن يباشر ذلك عند امتناعه كالاجارة والتزويج وبيان الوصف أن المستحق عليه قضاء الدين وجهة بيع المال غير متعين لقضاء الدين فقد يتمكن من قضاء الدين بالاستيهاب والاستقراض وسؤال الصدقة من الناس فلا يكون

للقاضي تعيين هـذه الجهة عليه بمباشرة بيع ماله والدليـل عليه انه يحبسه بالاتفاق وقد ورد الاثر به على ماروى أن رجلا من جهينة أعتق شقصا من عبد بينه وبين غيره فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له وضمن نصيب شريكه ونحن نعلم انه ماحبسه الا بعد علمه بيساره لان ضمان العتق لا يجب الا على الموسر ومع ذلك اشتغل رسول الله صلى الله عليه وسلم بحبسه حتى باع بنفسه فعرفنا ان المديون يحبس لقضاء الدين ولو جاز للقاضي بيع ماله لم يشتغل بحبسه لما في الحبس من الاضرار به وبالغرماء في تأخير وصول حقهم اليهم فلا معنى للمصير اليه بدون الحاجة وفى اتفاق العلماء رحمهم الله على حبسه فى الدين دليل على أنه ليس للقاضي ولاية بيع ماله فى دينه وهذا بخلاف عبد الذمى اذا أسلم لان عند اصرار المولى على الشرك اخراج العبد عن ملكه مستحق عليه بعينه فينوب القاضي منابه وكذلك فى حق العنين لما تحقق عجزه عن الامساك بالمعروف فالتسريح مستحق عليه بعينه فأما مبادلة أحد النقدين بالآخر بان كان الدين عليـه دراهم وماله دنانير ففى القياس ليس للقاضي أن يباشر هـذه المصارفة لما بينا أن هذا الطريق غير متعين لما هو مستحق عليه وهو قضاء الدين وفى الاستحسان يفعل ذلك لان الدراهم والدنانير جنسان صورة وجنس واحد معنى ولهـذا يضم أحدهما الى الآخر فى حكم الزكاة ولو كان ماله من جنس الدين صورة كان للقاضي أن يقضى دينه به فكذلك اذا كان ماله من جنس الدين معنى ‌ه فان قيل فعلى هذا ينبغى أن يكون لصاحب الدين ولاية الاخذ من غير قضاء كما لو ظفر بجنس حقه وبالاجماع ليس له ذلك قلنا لانهما جنسان صورة وان كانا جنسا واحدا حكما فلانعدام المجانسة صورة لا ينفرد صاحب الدين بأخذه لان فيـه معنى المبادلة من وجه ولوجود المجانسة معنى قلنا للقاضي أن يقضى دينه به ‌ه يوضحه ان من العلماء من يقول لصاحب الدين أن يأخذ أحد النقدين بالآخر من غير قضاء ولا رضا وهو قول ابن أبي ليلى رحمه الله والقاضي مجتهد فجعلنا له ولاية الاجتهاد هنا فى مبادلة أحـد النقدين بالآخر لقضاء الدين منه ولا يوجد هذا المعنى فى سائر الاموال وفيه اضرار بالمديون من حيث ابطال حقه عن عين ملكه وللناس فى الاعيان اغراض ولا يجوز للقاضي أن ينظر لغرمائه على وجه يلحق الضرر به فوق ما هو مستحق عليه ثم هذا المعنى لا يوجد فى النقود لان المقصود هناك المالية دون العين وأما تأويل معاذ رضي الله عنـه فنقول انما باع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله بسؤاله لانه لم يكن فى ماله وفاء بدينـه فسأل رسول

الله صلى الله عليه وسلم أن يتولى بيع ماله لينال ماله بركة رسول الله صلى الله عليه وسلم فيصير فيه وفاء بديونه وهذا لان عندهما يأمر القاضي المديون ببيع ماله أولا فاذا امتنع فحينئذ يبيع ماله ولا يظن بمعاذ رضي الله عنه انه كان يأبى أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم اياه ببيع ماله حتى يحتج ببيعه عليه بغير رضاه فانه كان سمحا جوادا لا يمنع أحدا شيأ ولاجله ركبته الديون فكيف يمتنع من قضاء دينه بماله بعد أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم والمشهور فى حديث أسيفع رضى الله عنه ان عمر رضى الله عنه قال انى قاسم ماله بين غرمائه فيحمل على انه كان ماله من جنس الدين وان ثبت البيع فانما كان ذلك برضاه (ألا ترى) ان عندهما القاضي لا يبيعه الا عند طلب الغرماء ولم ينقل أن الغرماء طالبوه بذلك وانما المنقول انه ابتدأهم بذلك وأمرهم أن يغدوا اليه فدل انه كان ذلك برضاه ثم قد تم الكتاب على قول أبي حنيفة رحمه الله وانما التفريع بعد هذا على قول من يرى الحجر فنقول بين من يرى الحجر بسبب السفه اختلاف فى صفة الحجر فعلى قول الشافعي رحمه الله الحجر به بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شئ من تصرفاته سوى الطلاق لان السفه لا يزيل الخطاب ولا يخرجه من أن يكون أهلا لالتزام العقوبة باللسان باكتساب سببها أو بالاقرار بها بمنزلة الرق فكما أن بعد الرق لا ينفذ شئ من تصرفاته سوى الطلاق فكذلك بعد الحجر بسبب السفه وأبو يوسف ومحمد قالا المحجور عليه بسبب السفه فى التصرفات كالهازل يخرج كلامه على غير نهج كلام العقلاء لقصده اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لنقصان فى عقله فكذلك السفيه يخرج كلامه فى التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان فى عقله وكل تصرف لا يؤثر فيه الهزل كالنكاح والطلاق والعتاق لا يؤثر فيه السفه ولا يجوز أن يجعل هذا نظير الحجر بسبب الرق لان ذلك الحجر لحق الغير فى المحل الذى يلاقيه تصرفه حتى فيما لا حق للغير فيه يكون تصرفه نافذا وهنا لا حق لاحد فى المحل الذى يلاقيه تصرفه ثم على مذهبهما القاضي ينظر فيما باع واشترى هذا السفيه فان رأى اجازته أجازه وكان جائزا لانعدام الحجر قبل القضاء عند أبي يوسف رحمه الله ولاجازة القاضي عند محمد رحمه الله فان حاله لا يكون دون حال الذى لم يبلغ اذا كان عاقلا وهناك اذا باع واشترى وأجازه القاضي جاز وهذا لان الحجر عليه لمعنى النظر وربما يكون النظر له فى اجازة هذا التصرف فلهذا نفذ باجازة القاضي سواء باشره السفيه أو الصبي العاقل قال وهما

سواء فى جميع الاشياء الا فى خصال أربع أحدها لا يجوز لوصى الاب أن يبيع شيأ من مال
هذا الذى بلغ وهو سفيه الا بامر الحاكم ويجوز له البيع والشراء على الذى لم يبلغ لان ولاية
الوصى عليه ثابتة الى وقت البلوغ (ألا ترى) أنه ينفرد بالاذن له والحجر عليه وانه قائم
مقام الاب فى ذلك وللاب ولاية على ولده ما لم يبلغ فاما بعد ما بلغ عاقلا لا يبقى للوصى عليه
ولاية أما عند أبى يوسف فلانه صار ولى نفسه ما لم يحجر عليه القاضى ومن ضرورة كونه
ولى نفسه انتفاء ولاية الوصى عنه وأما عند محمد فلان البلوغ عن عقل مخرج له من أن يكون
مولى عليه وتثبت له الولاية على نفسه (ألا ترى) ان لمعنى النظر له امتنع ثبوت أحد الحكمين
وهو ثبوت الولاية له فى التصرفات بنفسه ولا يتحقق مثل ذلك النظر فى ابقاء ولاية الولى عليه
ثم قد بينا أن تأثير السفه كتأثير الهزل ولا أثر للهزل فى اثبات الولاية عليه للوصى وللهزل
تأثير فى ابطال تصرفه فلهذا لا يجوز تصرف الوصى عليه الا أن يأمره الحاكم بذلك فحينئذ
يقوم هو فى التصرف له مقام القاضى ومعلوم أن القاضى اذا حجر عليه لا يتركه ليموت جوعا
ولكن يتصرف له فيما يحتاج اليه وربما لا يتمكن من مباشرة ذلك بنفسه لكثرة أشغاله ولابد
من أن يقيم غيره فيه مقامه والثانى أن السفيه اذا أعتق مملوكا له نفذ عتقه بخلاف الذى لم
يبلغ لما بينا ان تأثير السفه كتأثير الهزل ثم فى قول محمد وهو قول أبى يوسف الاول على العبد
أن يسعى فى قيمته وفى قول أبى يوسف الآخر ليس عليه السعاية فى قيمته لانه لو سعى انما
يسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية تط لحق معتقه بحال انما تلزمه السعاية لحق غيره والثانى
ان تأثير السفه كتأثير الهزل ومن أعتق مملوكه هازلا لا تلزمه السعاية فى قيمته فهذا قياسه
وجه قول محمد رحمه الله أن الحجر على السفيه لمعنى النظر له فيكون بمنزلة الحجر على المريض
لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هناك اذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه أو فى ثلثى
قيمته لورثته اذا لم يكن عليه دين ولا مال سواه لان رد العتق واجب لمعنى النظر وقد تعذر
رده عليه فيكون الرد بايجاب السعاية فهنا أيضا رد العتق واجب لمعنى النظر وقد تعذر رد عينه
فيكون الرد بايجاب السعاية فهنا أيضا واجب لمعنى النظر له وقد تعذر رده فكان الرد بايجاب
السعاية وقد بينا أن معنى النظر له فى حكم الحجر بمنزلة النظر للمسلمين فى الحجر بسبب الدين
فكذلك فى حكم السعاية والثالث ان الذى لم يبلغ اذا دبر عبده لا يصح تدبيره وهذا السفيه
اذا دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا أن

هناك تجب عليه السعاية فى قيمته وهنا لا تجب الا بعد صحة التدبير فى مال مملوك له يستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق على ملكه والمولى لا يستوجب على مملوكه دينا تعذر ايجاب النقصان عليه (ألا ترى) انه لو دبر عبده بمال وقبله العبد كان التدبير صحيحا ولا يجب المال بخلاف ما اذا كاتبه أو أعتقه على مال فان مات المولى قبل أن يؤنس منه الرشد سعى الغلام فى قيمته مدبرا لان بموت المولى عتق فكأنه أعتقه فى حياته فعليه السعاية فى قيمته وانما لاقاه العتق وهو مدبر فيسعى فى قيمته مدبرا (ألا ترى) أن مصلحا لو دبر عبدا له فى صحته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته أن على العبد أن يسعى فى قيمته مدبرا لغرمائه فهذا مثله وكذا لو أعتقه بعد التدبير نفذ عتقه وعليه السعاية فى قيمته لما قلنا والرابع أن وصايا الذى لم يبلغ لا تكون صحيحة والذى بلغ مفسدا اذا أوصى بوصايا فالقياس فيه كذلك انها باطلة بمنزلة تبرعاته فى حياته ولكنا نستحسن أن ما وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى وما يكون على وجه الفسق من الوصية للقرابات ولم يأت بذلك سرف ولا أمر يستقبحه المسلمون أنه ينفذ ذلك كله من ثلث ماله لان الحجر عليه لمعنى النظر له حتى لا يتلف ماله فيبتلى بالفقر الذى هو الموت الاحمر وهذا المعنى لا يوجد فى وصاياه لان أوان وجوبها بعد موته وبعدما وقع الاستغناء عن المال فى أمر دنياه فاذا حصلت وصاياه على وجه يكون فيه نظر منه لامر أضربه أولا كتساب الثناء الحسن بعد موته لنفسه وجب تنفيذه لان النظر له فى تنفيذ هذه الوصايا والتدبير من هذه الجملة فيعتق به بعد الموت لهذا وكان ينبغى أن لا يجب على المدبر السعاية ولكنه أوجب السعاية لما فيه من معنى ابطال المالية فكلام أبى يوسف يتضح فى هذا الفصل ثم العلماء رحمهم الله اختلفوا فى وصية الذى لم يبلغ فأهل المدينة رحمهم الله يجوزون من وصاياه ما وافق الحق وبه أخذ الشافعى رحمه الله على ما سنبينه فى كتاب الوصايا وقد جاءت فيه الآثار حتى روى أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه أجاز وصية غلام يفاع وفى رواية يافع وهو المراهق وأن شريحا رحمه الله سئل عن وصية غلام لم يبلغ فقال ان أصاب الوصية فهو جائز وهكذا نقل عن الشعبى رحمه الله قال هذا الذى بلغ وصار مخاطبا بالاحكام أقوى من حال الذى لم يبلغ فاختلاف العلماء فى وصية الذى لم يبلغ يكون اتفاقا منهم فى وصية السفيه انه اذا وافق الحق وجب تنفيذه فهذا وجه آخر للاستحسان ثم الحاصل أن السفه لا يجعل كالهزل فى جميع التصرفات ولا كالصبا ولا كالمرض ولكن الحجر به لمعنى النظر له فالمعتبر فيه توفر النظر عليه وبحثه يلحق ببعض هذه الاصول

فى كل حادثة فان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا لا سبيل عليه والجارية أم ولد له فان مات كانت حرة لا سبيل عليها لان توفر النظر فى الحاقه بالمصلح فى حكم الاستيلاد فانه محتاج الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه ويلحق فى هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولد جاريته كان هو فى ذلك كالصحيح حتى أنها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هى ولا ولدها فى شئ لان حقه مقدم على حق غرمائه بخلاف ما لو أعتقها ولو لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولد كانت بمنزلة أم الولد يقدر على بيعها فان مات سعت فى جميع قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لجاريته وليس معها ولد هذه أم ولدى وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها فى ابطال حق الغير فكذلك فى دفع حكم الحجر عن تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد فانه لا شاهد له هنا فاقراره لها بحق العتق بمنزلة اقراره بحقيقة الحرية فلا يقدر على بيعها بعد ذلك ويسعى فى قيمتها بعد موته كما لو أعتقها ولو كان له عبد لم يولد فى ملكه فقال هذا ابنى ومثله يولد لمثله فهو ابنه يعتق ويسعى فى قيمته لانه أصل العلوق ولما لم يكن فى ملكه كانت دعواه دعوى تحرير فيكون كالاعتاق (ألا ترى) أن المريض المديون اذا قال لعبد لم يولد فى ملكه هذا ابنى عتق وسعى فى قيمته ولو اشترى هذا المحجور عليه ابنه وهو معروف وقبضه كان شراؤه فاسدا ويعتق الغلام حين قبضه ويجعل فى هذا الحكم بمنزلة شراء المكره فيثبت له الملك بالقبض ويعتق عليه لانه ملك ابنه ثم يسعى فى قيمته للبائع ولا يكون للبائع فى مال المشترى شئ من ذلك لانه وان ملكه بالقبض فالتزام الثمن أو القيمة بالعقد منه غير صحيح لما فى ذلك من الضرر عليه وهو فى هذا الحكم ملحق بالصبي واذا لم يجب على المحجور شئ لا يسلم له أيضا شئ من سعايته فتكون السعاية الواجبة على العبد للبائع ولو وهب له ابنه المعروف أو وهب له غلام فقبضه وادعى انه ابنه فانه يعتق ويلزمه السعاية فى قيمته بمنزلة ما لو أعتقه (ألا ترى) أن المريض المديون لو وهب له ابنه المعروف أو وهب له غلام فى مرضه فادعى أنه ابنه ثم مات سعى الغلام فى قيمته لغرمائه ولو أن هذا الذى بلغ مفسدا تزوج امرأة جاز نكاحه وينظر الى ما تزوجها عليه والى مهر مثلها فيلزمه أقلهما ويبطل الفضل عن مهر مثلها مما سمى وهو فى ذلك كالمريض المديون فان التزوج من حوائجه ومن ضرورة صحة النكاح وجوب مقدار مهر المثل فأما الزيادة على ذلك فالتزام بالتسمية ولا نظر له فى هذا الالتزام فلا تثبت هذه الزيادة كالمريض

اذا تزوج امرأة بأكثر من صداق مثلها يلزمه من المسمى مقدار مهر مثلها فاذا طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المهر فى ماله لان التسمية صحيحة فى مقدار مهر المثل وتنصف المفروض بالطلاق قبل الدخول حكم ثابت بالنص وكذلك لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة ثم طلقها وبهذا يحتج أبو حنيفة رحمه الله أنه لافائدة فى الحجر عليه لانه لا ينسد باب اتلاف المال عليه وانه يتلف ماله بهذا الطريق اذا اعجز عن اتلافه بطريق البيع والهبة وهو يكتسب المحمدة فى البر والاحسان والمذمة فى التزوج والطلاق قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق ولو حلف بالله أو نذر نذورا من هدى أوصدقة لم ينفذله القاضى شيأ من ذلك ولم يدعه يكفر أيمانه بذلك لانه حجره عن التصرف فى ماله فيما يرجع الى الاتلاف ولولم يمنعه ذلك اذا أوجبه على نفسه لم يحصل المقصود بالحجر لانه تيسر عليه النذر بالتصدق بجميع ماله ثم عليه أن يصوم لكل يمين حنث فيها ثلاثة أيام متتابعات وان كان هو مالكا للمال لان يده مقصورة عن ماله فهو بمنزلة ابن السبيل المنقطع عن ماله وبمنزلة من يكون ماله دينا على انسان أو غصبا فى يده وهو يأبى أن يعطيه فله أن يكفر بالصوم كذلك هنا ولو ظاهر هذا المفسد من امرأته صح ظهاره كما يصح طلاقه ويجزيه الصوم فى ذلك لقصور يده عن ماله بمنزلة من كان ماله غائبا عنه فان قيل هناك لو كان فى ماله عبد لم يجز له أن يكفر بالصوم قلنا لان هناك يقدر على اعتاقه عن ظهاره وان لم يكن في يده وهنا لا يقدر على ذلك لانه لو أعتق عبده وجب على العبد السعاية فى قيمته ومع وجوب السعاية عليه لا يجوز عتقه عن الظهار (ألا ترى) ان مريضا مصلحا لو أعتق عبده عن ظهاره أو قتله وعليه دين مستغرق ثم مات سعى الغلام فى قيمته ولم يجز عن الكفارة للسعاية التى وجبت فلهذا أوجبنا عليه صوم شهرين متتابعين فى كفارة الظهار والقتل فان قيل كان ينبغى أن ينفذ اعتاقه من غير سعاية لان هذا مما يتقرب به الى ربه ويسقط به الواجب عن ذمته فلنظر له فى تنفيذه قلنا لو فتح عليه هذا الباب لكان اذا شاء أعتق عبدا من عبيده وقيل له ان عتقك لا يجوز الا بالسعاية ظاهر من امرأته ثم أعتق بعد ذلك العبد أو حلف بيمين وحنث فيها ثم أعتق ذلك فيحصل له مقصوده من التبذير بهذا الطريق لانه يصير بعد هذا العتق بمنزلة من لم يظاهر فلزجره عن هذا القصد أوجبنا السعاية على العبد اذا أعتقه وعينا عليه التكفير بالصوم فان صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحا لم يجزه الا العتق بمنزلة معسر أيسر لانه كان معسرا ابتداء وقد وصلت يده الى المال

قبل سقوط الكفارة عنه بالصوم فليه التكفير بالمال وأما ماوجب على المفسد من أمر أوجبه الله تعالى من زكاة ماله أو حجة الاسلام أو غير ذلك فهو والمصلح فيه سواء لأنه مخاطب وان كان مفسدا وبسبب الفساد لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه بمنزلة الفاسق الذي يقصر في أداء بعض الفرائض لا يستحق به التخفيف في حكم الخطاب وهذا بخلاف ما أوجبه على نفسه لا فيما وجبه على نفسه بسبب التزامه فيمكن فيه معنى التبذير فيما يرجع الى الدنيا وان كان فيه معنى النظر له في الآخرة كما في مباشرة التصدق فأما فيما أوجب الله تعالى عليه فلا يتوهم معنى التبذير فهو والمصلح فيه سواء وينبغي للحاكم أن ينفذ له ماأوجب الله تعالى عليه من ذلك اذا طلبه من أداء زكاة ماله ولكن لا يدفع المال اليه ويخلي بينه وبينه لأنه يصرفه الى شهوات نفسه ولكن لا يخلي بينه وبين ذلك حتى يعطيه المساكين بمحضر من أمينه لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته فلهذا يدفع المال اليه ليعطيه المساكين من زكاته بمحضر من أمينه وكذلك ان طلب من القاضي مالا يصل به قرابته الذي يجبر على نفقتهم اجابه الى ذلك لان وجوب نفقتهم عليه يكون شرعا لا بسبب من جهته ولكن القاضي لا يدفع المال اليه بل يدفعه بنفسه الى ذوي الرحم المحرم منه لانه لا حاجة الى فعله ونيته حتى ان من له الحق اذا ظفر بجنس حقه من ماله كان له أن يأخذه فكذلك القاضي يعينه على ذلك بالدفع اليه ولكن لا ينبغي للقاضي أن يأخذ بقوله في ذلك حتى تقوم البينة على القرابة وعسرة القرائب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار له بدين على نفسه فلا يكون ملزما اياه شيأ الا في الوالد فانهما اذا تصادقا على النسب قبل قولهما فيه كل واحد منهما في تصديق صاحبه يقر على نفسه بالنسب وقد بينا ان السفه لا يؤثر في المنع من الاقرار بالنسب لان ذلك من حوائجه ولكن لا يعتبر قوله في عسرة المقر له حتى يعرف أنه كذلك كما في عسرة سائر الاقارب وكذلك يقبل اقراره بالزوجية لانه يملك انشاء التزوج فيملك الاقرار به ويجب لها مقدار مهر مثلها ويعطيها القاضي ذلك لان وجوب ذلك حكما لصحة النكاح وان كان قد مضى بعد اقراره أشهر ثم أقر انه كان فرض عليه نفقة في أول تلك الشهور لم يصدق على مامضى من ذلك لان هذا منه اقرار بالدين لها فان نفقتها لزوجة في الزمان الماضي لا تصير دينا الا بقضاء القاضي واقراره لها بالدين باطل وان أراد أن يحج حجة الاسلام لم يمنع منها لانها تلزمه شرعا من غير صنع من جهته فلا يتوهم معنى التبذير فيه

ثم لا يمنع من اداء ما لزمه شرعا ويعطى ما يحتاج اليه كالزاد والراحلة لان ذلك من أصول حوائجه وان أراد عمرة واحدة لم يمنع منها أيضا استحسانا وفى القياس لا يعطى نفقة السفر لذلك لان العمرة عندنا تطوع كما لو أراد الخروج للحج تطوعا بعد ما حج حجة الاسلام ولكنه استحسن لاختلاف العلماء فى فريضة العمرة وتعارض الاخبار فى ذلك ولظاهر قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فهذا منه أخذ بالاحتياط فى أمر الدين وهو من جملة النظر له ليس من التبذير فى شيء وان أراد أن يقرن عمرة وحجا وسوق بدنة لم يمنع من ذلك لان القران فضل عندنا واذا لم يكن هو ممنوعا من انشاء سفر لاداء كل واحد من النسكين فلأن لا يمنع من الجمع بينهما فى سفر أولى ثم القارن يلزمه هدى ويجزيه فيه الشاة عندنا ولكن البدنة فيه أفضل وقد اختلف العلماء من السلف فى ذلك فكان ابن عمر رضي الله عنه يقول لا يجزيه الا بقرة أو جزور فهو حين ساق البدنة قد قصد به التحرز عن موضع الخلاف وأخذ بالاحتياط فى أمر الدين وأراد أن يكون فعله أقرب الى موافقة فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فلم يكن فى سوق البدنة من معنى الفساد شيء فان أراد الخروج لاداء ذلك نظر الحاكم الى ثقة من يريد الخروج الى مكة فيدفع اليه ما يكفى المحجور عليه للكراء والنفقة والهدى فيلى ذلك الرجل النفقة عليه وما أراد من الهدى وغيره بأمر المحجور عليه ولا يدفع الى المحجور عليه شيأ من ذلك المال مخافة أن يتلفه فى شهوات نفسه ثم يقول ضاع منى فأعطونى مثله وهذا لانه فى حالة الحضر كان ماله فى يد وليه ينفق عليه منه بحسب حاجته واذا ولاه القاضى ذلك كان هو بمنزلة وليه فى الهدى ولا بد من اعتبار أمره ونيته لمعنى القربة فاما أن يباشر او لى بأمره أو يدفع اليه ليباشر بحضرته ما يحق عليه مباشرته فان اصطاد فى احرامه صيدا أو حلق رأسه من أذى أو صنع شيأ يجب فيه الصوم أمره بأن يصوم لذلك ولم يعط من ماله لما صنع شيأ لان وجوب هذا بسبب من جهته وأصل ذلك السبب جناية فلا يستحق باعتبار النظر فيؤمر بالصوم لذلك حتى يكون ذلك زجرا عن السفه فان رأى الحاكم أن يأمر الرجل ان ابتلي بأذى فى رأسه أو أصابه وجع احتاج فيه الى لبس قميص أو غير ذلك أن يذبح عنه أو يتصدق لم يكن بهذا بأس لان هذا من النظر له عند حاجته ولهذا جوز الشرع ذلك للمضطر فلا بأس بأن ينظر القاضى له فى ذلك فيأمره بالاداء من ماله عند حاجته ولكن لا يفعله الوكيل الا بأمر المحجور عليه لمعنى القربة فيه فان الولاية الثابتة عليه لوليه لم تكن باختياره والعبادة

لاتتأدى بمثل هذه الولاية فلا بد من أمره ونيته لتحقيق معنى القربة وان تطيب المحجور في احرامه بطيب كثير أوقبل للشهوة أو صنع ما يلزمه فيه الدم أو الطعام مما لايجوز فيه الصوم فهذا لازم له يؤدى اذا صار مصلحا ولا يؤدى عنه في حال فساده وانه لزمه لانه مخاطب ولكن سبب هذا الالتزام منه فلا يؤدى من ماله في حال فساده بل يتأخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة المعسر الذى لا يجد شيأ اذا صنع ذلك أو هو بمنزلة العبد المأذون في الاحرام من جهة مولاه اذا فعل شيأ من ذلك وهذا لانه لو أدى عنه الحاكم هذا فعله في كل يوم مرة فيفنى ماله فيه وكذلك لو جامع امرأته بعد ماوقف بعرفة فعليه بدنة يتأخر الى أن يصير مصلحا وان جامعها قبل أن يقف بعرفة لم يمنع نفقة المضي في احرامه الى ذلك لانه يحتاج الى ذلك التحلل من الاحرام ولايمنع نفقة العود من عام قابل للقضاء لان ذلك لازم عليه شرعا ويمنع من الكفارة لان وجوب ذلك بسبب من جهته وفي هذا السبب من الفساد مالا يخفى والعمرة في هذا كالحج (ألا ترى) ان المرأة ليس لها أن تحج غير حجة الاسلام الا باذن زوجها فاذا خرجت لحجة الاسلام ثم جومعت في احرامها مطاوعة أو مكرهة مضت في الحج الفاسد ولم تمنع من العود للقضاء مع المحرم فاذا كانت لاتمنع هى لحق الزوج لم يمنع المحجور من ذلك أيضا لاجل الحجر ولو أن هذا المحجور عليه تفى حجة الاسلام الا طواف الزيارة ثم رجع الى أهله ولم يطف طواف الصدر فانه يطلق له نفقة الرجوع للطواف ويصنع في الرجوع مثل ما يصنع في ابتداء الحج لانه محرم على النساء مالم يطف للزيارة فالرجوع للطواف من أصول حوائجه لانه محتاج اليه للتحلل ولكن يأمر الذى يلي النفقة عليه أن لاينفق عليه راجعا حتى يحضره ويطوف بالبيت لانه لسفهه ربما يرجع ولا يطوف ثم يطلب النفقة مرة أخرى وهكذا يفعل ذلك في كل مرة حتى يفنى ماله فالزجر عن ذلك لاينفق عليه راجعا حتى يطوف بالبيت بحضرته وان طاف جنبا ثم رجع الى أهله لم يطلق له نفقة الرجوع للطواف لانه تحلل للطواف مع الجنابة ولكن عليه بدنة لطواف الزيارة وشاة لطواف الصدر يؤديهما اذا صلح لان وجوبهما كان بسبب من جهته وذلك السبب من الفشيان يعنى طواف الزيارة جنبا وترك طواف الصدر من غير عذر وان أحصر في حجة الاسلام فانه ينبغى للذى أعطى نفقته أن يبعث بهدى فيحل به لما بينا أن التحلل بالهدى من أصول حوائجه وماله معد لذلك (ألا ترى) ان العبد اذا حج باذن مولاه فأحصر وجب على مولاه أن يبعث بهدى ليحل

به ولو ان هذا المحجور أحرم بحجة تطوعا لم ينفق عليه فى قضائها نفقة السفر لانه التزم بسبب باشره ولكن يجعل من النفقة مايكفيه فى منزله لانه مستحق لذلك اذا أقام فى منزله ولم يحرم بالحج ولا يمنع ذلك بسبب احرامه ولا يزاد له على ذلك مايحتاج فى السفر من زيادة النفقة والراحلة ثم يقال له ان شئت فاخرج ماشيا (ألا ترى) انه لو قال اعطونى من مالي شيأ أتصدق به لم يعط ذلك فالذى يخرج بالحج تطوعا فى المعنى ملتمس للزيادة على مقدار نفقته فى منزله ليتقرب به الى ربه فلا يعطى ذلك وان كان موسرا كثير المال وقد كان الحاكم يوسع عليه فى منزله بذلك فكان فيما يعطيه من النفقة فضل عن قوته فقال انا اتكارى بذلك وأنفق على نفسى بالمعروف أطلق له ذلك من غير أن يدفع اليه النفقة ولكن يدفعها الى ثقة ينفقها عليه على ماأراد لان هذا التدبير دليل الرشد والصلاح وفيه نظر له فلا يمنعه القاضى منه فان لم يقدر على الخروج ماشيا ومكث حراما فطال به ذلك حتى دخله من احرامه ذلك ضرورة يخاف عليه من ذلك مرضا أو غيره فلا بأس اذا جاءت الضرورة أن ينفق عليه من ماله حتى يقضى احرامه ويرجع لان ابقاء ماله لتوفير النظر له لا للاضرار به ومن النظر هنا له أن يعطى له مايحتاج اليه لاداء ماالتزمه حتى يخرج من احرامه وكذلك لو أحصر فى احرام التطوع لم يبعث الهدى عنه لانه باشره بسبب التزمه باختياره الا أن يشاء أن يبعث بهدى من نفقته وان شاء ذلك لا يمنع منه لانه من باب النظر وحسن التدبير فان لم يكن فى نفقته مايقدر على أن يبعث بذلك منه تركه على حاله حتى تأتى الضرورة التى وصفت لك ثم يبعث عنه بهدى من ماله يحل به وانما ينظر فى هــذا الى مايصلحه ويصلح ماله لان الحجر عليه لصيانة ماله والمقصود اصلاح نفسه فينظر فى كل شئ من ذلك الى مايصلحه ويصلح ماله فاذا بلغت المرأة مفسدة فاختلعت من زوجها جاز الخلع لان وقوع الطلاق فى الخلع يعتمد وجوب القبول لاوجوب المقبول وقد تحقق القبول منها وكان الزوج علق طلاقها بقبولها الجعل فاذا قبلت وقع الطلاق لوجود الشرط ولم يلزمها المال وان صارت مصلحة لانها التزمت المال لا بعوض هو مال ولا لمنفعة ظاهرة لها فى ذلك فكان النظر فى أن يجعل هذه كالصغيرة في هذا الحكم لا كالمريضة فان كان الزوج طلقها تطليقة على ذلك المال فهو يملك رجعتها لان وقوع الطلاق باللفظ الصريح لا يوجب البينونة الا عند وجوب البدل ولم يجب البــدل هنا بخلاف ماذا كان بلفظ الخلع فان مقتضى لفظ الخلع البينونة وقد قررنا هذا الفرق فى حق الصغيرة فى

كتاب الطلاق وهذا بخلاف الامة التي يخالعها زوجها تطليقة على ألف درهم وقد كان دخل بها فان الطلاق هناك بائن لان قبول الامة المال صحيح فى حقها حتى يلزمها المال اذا أعتقت فلوجوب المال فى ذمتها كان الطلاق بائنا وفى المفسدة والصغيرة المال لايجب بقبولها أصلا حتى اذا كانت الامة مع رقها مفسدة ممن لو كانت حرة لم يجز أمرها فى مالها كان الطلاق رجعيا لان التزامها المال لم يصح فى حق نفسها حتى لا يلزمها المال اذا أعتقت ولو أن غلاما أدرك مفسدا فلم يرفع أمره الى القاضى حتى باع شيأ من تركة والده وأقر بديون ووهب هبات وتصدق بصدقات ثم رفع أمره الى القاضى فانه يبطل جميع ذلك وهو محجور عليه وان لم يحجر عليه القاضى وهذا قول محمد رحمه الله فأما عند أبي يوسف رحمه الله فهذا كله صحيح منه مالم يحجر عليه القاضى واستدل محمد على أبي يوسف بمنع المال منه فان الوصي لايدفع اليه ولولم يكن محجورا عليه قبل حجر القاضى لما منع المال منه ومن يقول لا يدفع اليه ماله لم يكن محجورا عليه قبل حجر القاضى لما منع ويكون تصرفه جائزا فقد دخل فيما قال الذين لم يروا الحجر شيأ فانما احتججنا عليهم الا بهذا ولم يكن بين هذا القائل وبينهم افتراق فى رد الآية يعنى قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم فانما عرض فى هذا الكلام لابى حنيفة ومن قال بقوله رحمهم الله قال رحمه الله وكان شيخنا الامام رحمه الله يقول انه فى هذه الكلمات جاوز حد نفسه ولم يراع حق الاستناد ولاجل هذا لم يبارك له فيه حتى لم يكثر له تفريعه فى هذا الكتاب ولا فى كتاب الوقف ولو كان أبو حنيفة رحمه الله فى الأحياء لدمر عليه وكل مجرى فى الحلائس فان كان هذا المفسد قبض ثمن ما باع بينة ثم رفع ذلك الى القاضى فانه ينظر فيه فان رأى ما باع به رغبة أجازه وان كان الثمن قائما جاز باجازته وان كان ضاع فى يده لم يجزه القاضي لان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء وللقاضى أن يأذن للسفيه فى التجارة اذا رآه أهلا لذلك فكذلك له أن يجز تصرفه واذا رأى النظر فيه فان كان الثمن قائما بعينه والبيع بيع رغبة فالنظر فى اجازته فاذا ضاع الثمن فى يده فلا نظر له فى هذه الاجازة لانه ان أجازه زال ملكه عن العين من غير عوض يسلم له فى الحال فان اجازة البيع اجازة منه بقبض الثمن بمنزلة مالو باع الفضولي مال انسان وقبض الثمن وهلك فى يده ثم أجاز المالك البيع كان ذلك اجازة منه بقبض الثمن حتى لا يرجع على واحد منهما بشئ فهذا كذلك فاذا لم يسلم له بعد الاجازة شئ لم يكن فى الاجازة نظر له فلا يشتغل القاضى به ولا يكون

للمشترى على الثمن الذي ضاع فى يد المفسد سبيل لان قبضه كان بتسليم منه وتسليطه اياه على ذلك فلا يدخل به المقبوض فى ضمانه وهو فى هذا كالذى لم يبلغ وكذلك ان كان قبض الثمن يدفع المشترى اليه فاستهلكه بين يدى الشهود ثم رفع الى القاضى فانه ينقض بيعه ولا يلزم المحجور من الثمن شئ وهذا على قول محمد رحمه الله فأما عند أبى يوسف رحمه الله فيكون هو ضامنا لما استهلك من الثمن وللقاضى أن يجز البيع ان رأى النظر فيه وأصله فى الصبي المحجور عليه اذا استهلك الوديعة أو استهلك شيأ اشتراه وان كان المحجور حين قبض الثمن أنفقه على نفسه نفقة مثله فى تلك المدة أو حج به حجة الاسلام أو أدى منه زكاة ماله أوصنع فيه شيأ مما كان على القاضى أن يصنعه عند طلبه ثم دفع اليه نظر فيه فان كان البيع فيه رغبة فان كانت قيمته مثل الثمن الذى أخذه أجاز البيع وابرأ المشترى من الثمن لان هذا التصرف لم تمكن فيه من معنى الفساد شئ فانه لو طلبه من القاضى وجب عليه أن يجيبه الى ذلك فان باشر بنفسه كان على القاضي أن ينفذه لان الحجر لمعنى الفساد فيما لا فساد فيه هو كغيره والنظر له فى تنفيذ هذا التصرف لانه لا يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى فى كل حاجة وفى كل وقت لما فيه من الحرج البين عليه وان كان فى تصرفه محاباة فأبطل القاضى ذلك لم يبطل الثمن عن المحجور عليه ولكن القاضي يقضيه من ماله لانه لا فساد فيما صرف المال اليه من حوائجه وفيما لا فساد فيه هو كالرشيد فيصير المقبوض دينا عليه يصرفه له فى حاجته وعلى القاضى أن يقضيه من ماله الا أن يرى أن المحجور عليه لو استقرض من رجل مالا فقضى به مهر مثل المرأة تقضى القاضى القرض من ماله فان كان استقرضه لذلك ثم استهلكه فى بعض حاجته لم يكن للمقرض عليه شئ له حال فساده ولا بعد ذلك لانه صرف المال الى وجه التبذير والفساد وهو كان محجورا عن ذلك فيكون فيه بمنزلة الذى لم يبلغ فأما ما صرفه الى مهر مثل امرأته فانما صرفه الى ما فيه نظر له وهو اسقاط الصداق عن ذمته وربما كان محبوسا فيه أو كانت المرأة تمنع نفسها منه لذلك فيصير ذلك دينا عليه * يوضحه أن المقرض ممنوع من دفع مال نفسه اليه ليصرفه الى تبذيره لان فيه اعانة له على الفساد فيكون مضيعا ماله بذلك وهو مندوب الى أن يقرضه ليصرفه الى مهر مثل امرأته فلا يكون به مضيعا ماله ولو استقرض مالا فأنفقه على نفسه نفقة مثله ولم يكن القاضى أنفق عليه فى تلك المدة أجاز ذلك له وقضاه من ماله لانه لا فساد فيما صنعه وان كان أنفقه باسراف حسب القاضى للمقرض من ذلك

مثل نفقة المحجور عليه في تلك المدة وقضاه من ماله وأبطل الزيادة على ذلك لان في مقدار نفقة مثله لا فساد وفيما زاد على ذلك معنى الفساد والاسراف وانما جعل هو كالذي لم يبلغ فيما فيه الفساد فاما فيما لا فساد فيه فهو كالرشيد (ألا ترى) انه لو أقر على نفسه بالاسباب الموجبة للعقوبة كان مؤاخذا بذلك لانه لا فساد في اقراره وانما به يحصل التطهير لنفسه وآثر عقوبة الدنيا على عقوبة الآخرة وهو نظير أحد الورثة اذا أسرف في جهاز الميت وكفنه فانه يحسب من أصل التركة مقدار جهاز مثله وما زاد على ذلك مما فيه اسراف يكون محسوبا عليه دون سائر الورثة ولو أودعه رجل مالا فاقر انه استهلكه لم يصدق على ذلك ولم يلزمه بهذا الاقرار شيء أبدا لان اقراره غير ملزم اياه المال وهو فيه كالذي لم يبلغ مادام محجورا عليه فان صلح سئل عما أقر به في حال فساده فان أقر انه قد كان استهلكه في حال فساده لم يلزمه ذلك أيضا لان الثابت باقراره كالثابت بالبينة والمعاينة ولو عاينا استهلاك الوديعة في حال فساده لم يكن ضامنا أبدا في قول محمد رحمه الله أما في قول أبي يوسف رحمه الله هو ضامن فكذلك هنا وأصل الخلاف في الذي لم يبلغ اذا أودعه رجل مالا واستهلكه وعلل في هذا بما علل به هناك فقال لان رب المال هو الذي سلطه على ماله حين دفعه اليه واذا أودع المحجور عليه غلاما أو جارية فقتله خطأ كانت قيمته على عاقلته لان الحجر في الافعال لا يتحقق فالافعال حسية تحققها بوجودها وأصله في الصبي اذا أودع غلاما أو جارية فقتله قال فان أقر المحجور بذلك لم يلزمه مادام محجورا عليه لان قوله هدر في التزام المال بنفسه أو الالزام على عاقلته فان صلح فيسئل عما كان أقر به فان أقر به في حال صلاحه أخذت منه القيمة من ماله في ثلاث سنين من يوم يقضى عليه لان باقراره في حال صلاحه يظهر هذا الفعل في حقه ويكون بمنزلة الظاهر بالمعاينة في حقه وهو لم يظهر في حق عاقلته لكونه متهما في حقهم فتكون القيمة عليه في ماله مؤجلا لانها وجبت بفعل القتل وابتدأ الاجل من حين يقضى عليه لانه صار دينا الآن والاجل يكون في الدين وهذا بخلاف الصبي فانه غير مخاطب ولا يلزمه من الدية شيء من موجب جنايته اذا كان عمدا فكذلك اذا كان هو خطأ فهو وان أقر عند البلوغ فانما أقر على عاقلته وذلك لا يلزمه شيأ فأما المحجور عليه فمخاطب ولو كان فعله عمدا كان هو كالرشيد في موجبه فكذلك اذا كان خطأ يكون هو كالرشيد في ان الدية عليه ثم تحمله العاقلة عنه للتخفيف عليه واذا أقر بعد ما صلح فانما يظهر باقراره في حقه دون عاقلته فلهذا كانت القيمة عليه في ماله ولو أقر المحجور

عليه انه أخذ مال رجل بغير أمره فاستهلكه لم يصدق على ذلك لكونه محجورا عن الاقرار بوجوب الدين عليه فان صلح سئل عما كان أقر به فان أقر أنه كان حقا أخذ به كما لو لم يسبق منه الاقرار في حالة الحجر ولكن أقر بعد ما صلح ابتداء انه استهلك مال رجل بغير أمره وان أنكر أن يكون حقا لم يؤخذ به لانه لاحجر عليه بذلك سوى الاقرار الذي كان منه في حالة الحجر وذلك باطل وكذلك لو قال بعد ما صلح انى قد كنت أقررت وأنا محجور على انى استهلكت لك ألف درهم فقال رب المال أقررت لي بذلك في حال صلاحك أو قال قد أقررت بافي حال فسادك ولكنه حق وقال المقر لم يكن ذلك حقا فالقول قول المقر لانه أضاف الاقرار الى حالة معهودة تنافى صحة اقراره فيكون فى الحقيقة منكرا لامقرا فيجعل القول قوله فى ذلك وهو فى هذا بمنزلة الذى لم يبلغ ولو قال بعد ماصلح قد كنت أقررت بذلك فى حال الفساد وكان ذلك حقا فانه يقضى عليه بذلك لان بقوله كان ذلك حقا صار مقرا له بوجوب المال الآن فيلزمه القاضى ذلك بهذا الاقرار (ألا ترى) أن الذى لم يبلغ لو أودعه رجل أو أقرضه مالا ثم كبر فأقر انه استهلكه فى حال صغره وقال رب المال استهلكته بعد الكبر ان القول قول الغلام لانه أضاف استهلاكه الى حالة معهودة تنافى وجوب الضمان عليه فيكون هو منكرا للضمان ولو قال رب المال أنا أقرضتك أو أودعتك بعد الكبر فاستهلكته وقال الغلام استهلكته قبل الكبر كان الغلام ضامنا لجميع ذلك لان الغلام يدعي اسناد الايداع والاقراض الى حالة الصغر ليثبت به تسليطه اياه على الاستهلاك مطلقا ورب المال منكر لذلك فالقول قوله واذا قبل قوله مع يمينه بقى استهلاكه للمال وهو سبب موجب للضمان عليه فى الحال (ألا ترى) أن من أتلف مال انسان وقال أتلفته باذنك وأنكر صاحب المال ذلك كان القول قوله فهذا مثله واذا بلغت المرأة محجورا عليها لفسادها فزوجت كفؤا بمهر مثلها أو باقل مما يتغابن الناس فيه فهو جائز لانه لافساد فيما صنع والحجر بسبب الفساد لا يؤثر فيما لا يؤثر فيه الهزل فى جانب الرجل فكذلك فى جانبها والغبن اليسير مما لا يستطاع التحرز عنه الا بحرج والحرج مدفوع ولو زوجت نفسها باقل من مهر مثلها فيما يتغابن الناس فيه ولم يدخل بها قيل لزوجها ان شئت فأتم لها مهر مثلها لان معنى الفساد يتمكن فى هذا النوع من المحاباة فلا يسلم ذلك للزوج ولكنه يتخير لانه يلزمه زيادة لم يرض بالتزامها فان شاء رضى به والتزمه وان شاء أبى فيفرق بينهما لانه لما كان لا يتمكن من

استدامة امساكها الا بالمعروف الا بهذه الزيادة فاذا أباها كان راضيا بالتفريق بينهما وان كان قد دخل بها فعليه لها تمام مهر مثلها لان مهر المثل قيمة بضعها مستحق بالدخول لشبهة العقد الا اذا تقدمه تسمية صحيحة ولم يوجد ذلك حين تمكن الفساد فى تسميتها فكأنها زوجت نفسها منه بغير مهر ودخل هو بها فيلزمه تمام مهر مثلها ولا يفرق بينهما لان التفريق كان للنقصان عن صداق المثل وقد انعدم حين قضى لها بمهر مثلها بالدخول وكذلك ان كان الذى تزوجها محجورا عليه فالجواب ماينا الا فى خصلة واحدة وهو ان كان تزوجها على أكثر من مهر مثلها بطل الفضل عن مهر مثلها عن الزوج لان الزام المفسد للزيادة بالتسمية غير صحيح فان فى التزام مازاد على مهر مثلها معنى الفساد ثم لا خيار للمرأة فى ذلك ان دخل بها أولم يدخل بها لان حقها فى قيمة البضع وقد سلم لها ذلك وانعدام الرضا منها لتملك البضع عليها بدون هذه الزيادة لا يمنع لزوم النكاح اياها كما لو أكرهت هى ووليها على أن تزوج نفسها فلانا بمهر مثلها وان كانت تزوجت بمهر مثلها غير كفؤ فرق القاضي بينهما لان طلب الكفاءة فيه حقها وحق الولى ولم يوجد الرضا من الولى بانعدام الكفاءة ورضاها بذلك غير معتبر فى ابطال حقها لما تمكن فيه من معنى الفساد واتباع الهوى فلهذا كان لها أن تخاصم ويفرق القاضى بينهما لخصومتها وخصومة أوليائها ولو ان غلاما أدرك وهو مصلح قد أونس منه الرشد فدفع اليه وصيه أو القاضي ماله وسلطه عليه ثم أفسد بعد ذلك وصار ممن يستحق الحجر فهو محجور عليه وان لم يحجر القاضى عليه وهو قول محمد رحمه الله بمنزلة مالو صار معتوها وعند أبى يوسف مالم يحجر عليه القاضى فتصرفه نافذ ثم عندهما القاضى يسترد المال منه ويجعله فى يد وليه كما لو بلغ مفسدا لان ايناس الرشد منه شرط لدفع المال اليه بالنص فيكون شرطا لابقاء المال فى يده استدلالا بالنص وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يخرج المال من يده لان ماهو شرط ابتداء الشئ لا يكون شرط بقائه لا محالة ثم منع المال منه باعتبار أثر الصبي وفساده عند البلوغ دليل أثر الصبي فمنع المال منه الى أن يزول لان ذلك بعرض الزوال فأما فساده بعد ما بلغ مصلحا فليس بدليل أثر الصبي فلا يوجب الحيلولة بينه وبين ماله لان ذلك جناية منه ولا تأثير للجناية فى قطع يده عن ماله ولا فى قطع لسانه عن المال بالتصرف فيه ولو كان باع عبدا ولم يدفعه ولم يقبض ثمنه وهو حال أو مؤجل حتى فسد فسادا استحق الحجر به ثم دفع الغريم اليه المال فدفعه باطل لان الحجر عليه لمعنى

النظر له عند من يرى الحجر وليس من النظر دفع الثمن اليه بعد ماصار سفيها فهو بمنزلة مالو باع عبدا وسلمه ولم يقبض ثمنه حتى صار معتوها الا ان مثله يقبض فكما لا يجوز قبضه للثمن هناك اذا دفعه اليه المشترى كذلك هنا وكذلك لو ان الصبي أذن له وليه فى التجارة فباع شيئا ثم حجر عليه وليه قبل قبض الثمن فدفع الثمن اليه المشترى لم يبرأ بمنزلة مالو كان الولى هو الذى باشر البيع والصبي محجور عليه لان قبض الصبي انما يكون مبرئا للمشترى اذا تأيد رأيه بانضمام رأى الولى اليه وقد انعدم ذلك بالحجر عليه وهنا قبضه انما كان مبرئا للمشترى بكونه رشيدا حافظا لماله وقد انعدم ذلك بفساده وكذلك لو أن رجلا وكله يبيع عبد له وهو مصلح فباعه ثم صار البائع مفسدا ممن يستحق الحجر عليه فقبض الثمن بعد ذلك لم يبرأ المشترى الا أن يوصله القابض الى الآمر فان أوصله المشترى برئ المشترى بوصول الحق الى مستحقه وان لم يصل الى الآمر حتى هلك فى يد البائع هلك من مال المشترى ولا ضمان على البائع والآمر فيه ويؤخذ من المشترى الثمن مرة أخرى لان الآمر انما رضى بقبضه للثمن باعتبار أنه مصلح حافظ للمال فلا يكون راضيا به بعد ماصار سفيها وهذا كله بخلاف مالو نهاه عن قبض الثمن لانه استحق بالبيع قبض الثمن فاستحق المشترى البراءة بتسليم الثمن اليه فلا يبطل استحقاقها بنهى الآمر لان ذلك تصرف منه فى حق الغير وأما الفساد عند من يرى الحجر به فمعنى حكمى حتى يخرج به المفسد من أن يكون مستحقا لقبض الثمن فيعمل ذلك فى حقه وحق المشترى وهذا لان الآمر بالنهى قصد الحاق الضرر بهما وليس له هذه الولاية فى اثبات الحجر عليه عن القبض بعد ماصار مفسدا دفع الضرر عن الآمر وهذا ضرر لم يرض الآمر بالتزامه فيجب دفعه عنه بخلاف مالو كان الآمر أمره بالبيع والمأمور مفسد فيما باع وقبض الثمن جاز بيعه وقبضه لانه راض بالتزام ذلك الضرر حين أمره بالبيع وهو كذلك وهو نظير مالو أمر صبيا محجورا أو معتوها يعقل البيع والشراء ببيع ماله فباعه جاز ولو أمره وهو صحيح العقل ثم صار معتوها لم يكن له أن يبيعه ويستوى ان كان الآمر يعلم بفساده أولم يعلم لان أمره تصريح منه بالرضى بتصرفه على الصفة التى هو عليها ومع التصريح لامعتبر بعلمه وجهله لان ذلك لايمكن الوقوف عليه ولو باع المفسد متاعه بثمن صالح ولم يقبضه حتى رفع ذلك الى القاضى فانه يجيز البيع وينهى المشترى عن دفع الثمن الى المحجور عليه لان فى اجازة البيع نظرا له فانه لو نقضه احتاج الى اعادة مثله

وليس فى مباشرته قبض الثمن نظرا له بل فيه تعريض ماله للهلاك فينهي المشترى عن دفع الثمن اليه لمعنى النظر ويصح ذلك منه لانه بمنزلة الحكم منه فى فصل مجتهد فيه فان دفعه بعد مانهاه فضاع فى يد المحجور عليه لم يبرأ المشترى منه ويجبر على دفع ثمن آخر الى القاضي لان نهيه لما صح صار حق قبض الثمن للقاضى أو لأمينه فدفعه الى المحجور عليه بعد ذلك كدفعه الى أجنبي آخر وكدفع ثمن ما باعه القاضى أو أمينه من ماله الى المحجور عليه ولا خيار للمشترى فى ذلك البيع لانه ضيع ماله بالدفع اليه بعد مانهاه القاضى وأساء الادب بمخالفة القاضى فيما خاطبه به فلا يستحق لسعيه تخفيفا ولا خيارا ولو كان القاضى حين أجاز البيع لم ينهه عن دفع الثمن اليه فدفعه اليه فهو جائز لان فى اجازة بيعه اجازة لدفع الثمن فان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء ومطلق الاذن له فى البيع يكون تسليطا على قبض الثمن فكذلك مطلق الاجازة فى الانتهاء الا أن يبنى الامر على وجه فيقول قد أجزت البيع ولا أجيز للمشترى أن يدفع الثمن اليه فاذا قال ذلك فهذا بمنزلة الحكم منه وحكم القاضى يقيد بما قيده به ولو أجاز البيع فى الابتداء جملة ثم قال بعد ذلك قد نهيت المشترى أن يدفع الثمن اليه كان نهيه باطلا وكان دفع المشترى الثمن الى المحجور عليه جائزا حتى يبلغه ماقال القاضى فى ذلك لانه سلطه على دفع الثمن باجازته البيع جملة ثم نهيه اياه عن دفع الثمن اليه خطاب ناسخ أو مغير لحكم الاجازة المطلقة فلا يثبت فى حقه حكمه مالم يعلم به لانه لايتمكن من العلم به مالم يبلغه وفى الزامه اياه قبل أن يعلم به اضرار فاذا بلغه ثم أعطاه الثمن لم يبرأ منه لان الناسخ قدوصل اليه فليس له أن يعمل بالمنسوخ بعد مابلغه الناسخ وهذا نظير الناسخ والمنسوخ فى خطاب الشرع فانه كان فى الصحابة رضوان الله عليهم من شرب الخمر بعد مانزل تحريمها ولم يعاتب على ذلك لانه لم يبلغه الناسخ وفى قوله تعالى ليس على الذين آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا ومن أعلمه بذلك وكان خبره حقا فهو اعلام لان على قول من يرى الحجر خبر الواحد فى المعاملات حجة سواء كان ملتزما أو غير ملتزم كان المخبر رسولا أولم يكن فاسقا كان أوعدلا بعد أن يكون الخبر حقا (ألا ترى) لو أن مفسدا قال له القاضي بع عبدك هذا بالف درهم ولم ينهه عن قبض الثمن فباعه وقبض الثمن وضاع عنده كان جائزا ولو قال بعه ولا تقبض الثمن لم يجز قبضه وأجبر المشترى على ادائه مرة أخرى ولا خيار له فى نقض البيع علم بذلك أولم يعلم ولو أمره بالبيع ولم ينهه عن قبض الثمن ثم قال بعد ذلك اذا باع

فلا يقبض الثمن فانى نهيته عن ذلك فله أن يبيع ويقبض الثمن مالم يبلغه نهى القاضى ومعنى هذا الاستشهاد ما أشرنا اليه ان الاجازة فى الانتهاء كالاذن فى الابتداء واذا أدرك اليتيم مفسدا فحجر القاضى عليه أو لم يحجر فسأل وصيه أن يدفع اليه ماله فدفعه اليه فضاع فى يده أو أتلفه فالوصى ضامن للمال لان دفع المال الى من هو مفسد يكون تضييعا له فهو بمنزلة مالو طرح الوصي ماله فى مهلكة وكذلك لو كان الوصي أودعه المال ايداعا لانه تسليط له على اتلافه حين مكنه منه فيكون ذلك من الوصى بمنزلة الاستهلاك لماله وليس هذا كدفع الوصي مال يتيم مصلح لم يبلغ اليه وديعة أو ليبيع به ويشترى به لاضمان عليه اذا ضاع منه أو ضيعه لان الصغير المصلح مأمون على نفسه وماله (ألا ترى) ان للوصي أن يأذن له فى التجارة فلا يكون دفع المال الى مثله تضييعا له وأما الكبير المفسد فدفع ماله اليه مادام هو على فساده يكون تضييعا له ولهذا لو أذن له فى التجارة وهو عالم بانه فاسد ولم يؤنس منه رشدا لم يجز اذنه وهذا لانه مأمور بالنظر فى حق كل واحد منهما والنظر فى حق الصبي المصلح اختباره بالاذن له فى التجارة كما قال الله تعالى وابتلوا اليتامى والنظر فى حق الكبير المفسد منعه من التصرف ومنع المال منه فيكون دفع المال اليه والاذن له فى التجارة خلاف المأمور به فى حقه فلا ينفذ من الوصي (ألا ترى) أن الغلام المصلح لماله لو رفع الامر الى القاضى وكان ممن يشترى ويبيع ويربح كان الذى ينبغى للقاضى أن يأذن له فى التجارة ولو رفع هذا المفسد لم يأذن له فى ذلك فلذلك اختلف حال الوصى فيهما ولو ان القاضى أمر هذا المفسد أن يبيع شيئا من ماله ويشترى به ففعل ذلك جاز وكان هذا اخراجا من القاضى له من الحجر وذلك صحيح من القاضى لانه حكم منه فى موضع الاجتهاد لينفذ منه ولا ينفذ مثله من الوصى لانه ليس له ولاية الحكم فان وهب أو تصدق هذا المفسد بذلك المال لم يجز لان القاضي انما دفع الحجر عنه فى التجارة خاصة وحكم القاضى يتقيد بتقييده فبقى الحجر عليه فيما ليس بتجارة على ما كان قبل هذا الاذن حتى اذا أعتق الغلام سعى الغلام فى قيمته وان اشترى وباع بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان المحاباة ممن لا يملك التبرع بمنزلة الهبة وان أذن له فى بيع عبد بعينه أو فى شراء عبد بعينه لم يجز له أن يشتري ولا أن يبيع الا الذى أذن له فيه خاصة لانه بهذا الاذن ينيبه مناب نفسه ولا يرفع الحجر عنه فى شئ فانه لم يفوض اليه شيئا من التصرف الى رأيه ولكن رأى فيه رأيه ثم أمره أن ينوب عنه فى

مباشرة العقد فلا يكون ذلك رفعا للحجر عنه ولو أذن له في شراء البر وبيعه خاصة دون ماسواه من التجارات كان مأذونا فى التجارات كلها لان هذا الاذن اطلاق للحجر عنه فى التجارة فى نوع مفوضا الى رأيه وهو نظير المولى يأذن لعبده فى نوع من التجارة يصير مأذونا فى التجارات كلها ولو أمره أن يشترى شيئا بعينه لايصير مأذونا وكذلك الوصى فى حق الذى لم يبلغ والفقه فيه أن الفاسد المحجور عليه يقدر على افساد ماله فيما أذن له من التجارة لان اتلاف المال بطريق التجارات أبين فى الضرر دون اتلافه بطريق التبرع مثل مايقدر عليه فى غيره فليس فى تقييد الاذن بنوع من التجارة معنى النظر بخلاف التبرع فلا يكون فك الحجر عنه فى التجارة فكا للحجر عنه فى التبرع فان قال القاضى فى السوق بمحضر من أهلها أو بمحضر من جماعة منهم قد أذنت لهذا فى التجارة ولا أجيز له منها الاما أعلم انه اشترى أو باع ببينة فاما مالايعلم الا باقراره فانى لا أجيز عليه فالامر على ماقال القاضى من ذلك لان تقييده فك الحجر عنه بما قيده به يرجع الى النظر له والقاضى مأمور فى حق السفيه بما يكون فيه توفير النظر عليه ويوضحه ان صحة اقراره بعد انفكاك الحجر عنه باعتبار انه من توابع التجارة وانما يكون تابعا اذا لم يصرح فيه بخلاف ماصرح به فى أصل تجارته وله ولاية هذا التصريح مع بقاء فك الحجر عنه فلا بد من اعتباره ولو لم يعتبر هذا انما لا يعتبر دفعا للضرر والغرور عمن يعامله وقد اندفع ذلك حين جعل القاضى هذا القيد مشهورا كاشهار الاذن وهذا بخلاف الغلام المصلح الذى لم يبلغ يأذن له أبوه أو وصيه فى التجارة على هذا الوجه أو العبد يأذن له مولاه على هذا الوجه حيث لا يلزمهم وما أقروا به مثل ما يلزمهم بالبينة لانه ليس للولى ولا للمولى ولاية تقييد الاذن بما قيده به مع بقاء أصل الاذن فيلغو بقيده وهذا لان الاذن للمحجور عليه على وجه النظر وفى التقييد توفير النظر فيستقيم من القاضى وفى حق من كان مأمونا على ماله أو فى حق العبد ليس فى هذا التقييد معنى التطويل بل هو تقييد غير مفيد لان الحاجة الى اذن المولى لتعلق ديونه بمالية رقبته ولا فرق فى ذلك بين الدين الذى يثبت عليه باقرار أو بالبينة فى حق المولى والفاسد الذى يستحق الحجر عليه كل من كان مضيعا ماله مفسدا له لا يبالى ماصنعه متنفعا بالسرف فى غير منفعة على جهة المجون فان كان فاسدا فى دينه لايؤمن عليه من فجوره ولاغيره الا أنه حافظ لماله حسن التدبير له لم يستحق الحجر عليه لان الحجر على قول من يراه لابقاء المال ولا حاجة اليه فى حق الفاسد الذى هو حسن التدبير فى ماله انما

الحاجة اليه فى حق المبذر المتلف لماله ولو أن قاضيا حجر على فاسد يستحق الحجر ثم رفع الى قاض آخر فأطلق عنه الحجر وأجاز ما كان باع أو اشترى ولم يرحجر الاول شيأ فأبطل حجره جاز اطلاق هذا عنه لان الاول لو تحول رأيه فأطلق عنه الحجر جاز فكذلك الثانى وهذا لان نفس الحجر على السفيه مجتهد فيه فانه باطل عند أبى حنيفة رحمه الله ونفس القضاء متى كان مجتهدا فيه يوقف على امضاء غيره فاذا أبطله بطل ثم الحجر عليه لم يكن قضاء من القاضى لان القضاء يستدعى مقضيا له ومقضيا عليه ولم يوجد ذلك انما كان ذلك نظرا منه له وقد رأى الآخر النظر له فى الاطلاق عنه فينفذ ذلك منه الا أن يكون شئ من بيوعه أو شرائه المتقدمة رفع الى القاضى الذى يرى الحجر عليه أو الى قاض آخر يرى الحجر فأبطل مبايعاته ثم رفع الى هذا القاضى الآخر فأبطل قضاء الاول وأجاز ما كان أبطله ثم رفع الى قاض آخر يرى الحجر أولا يراه فانه ينبغى له أن يجيز قضاء الاول بابطال ما أبطل من بيوعه واشريته ويبطل قضاء الثانى فيما أبطله من قضاء الاول لان قضاء الاول حصل فى موضع الاجتهاد فنفذ ذلك وكان ذلك قضاء تاما بوجود المقضى له والمقضى عليه وقضاء القاضى فى المجتهدات نافذ بالاتفاق ثم الابطال من الثانى حصل بخلاف الاجماع لانه أبطل قضاء أجمع المسلمون على نفوذه وقضاء القاضى بخلاف الاجماع باطل فهذا يبطل الثالث قضاء القاضى بابطال قضاء الاول ويمضي قضاء الاول بابطال ما أبطل من بيوعه أو أشريته والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿تم الجزء الرابع والعشرون ويليه الجزء الخامس والعشرون وأوله كتاب المأذون﴾

﴿ فهرست الجزء الرابع والعشرين من مبسوط الامام السرخسى ﴾

صحيفة

﴿ تمت ﴾